



Teresa Maria da Silva Bravo

O *Ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e
Justiça e no Direito Europeu da Concorrência: uma análise
judiciária

Tese com vista à obtenção do grau de
Doutor/a em Direito na especialidade de
Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora:

Professora Doutora Anabela Pinto de Miranda Rodrigues, Professora Catedrática da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro, 2014

O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária

Teresa Maria da Silva Bravo

O *Ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da Concorrência: uma análise judiciária

Tese com vista à obtenção do grau de
Doutor/a em Direito na especialidade de
Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora:

Professora Doutora Anabela Pinto de Miranda Rodrigues, Professora Catedrática da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro, 2014

Teresa Maria da Silva Bravo, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 8.º do Regulamento do Terceiro Ciclo de Estudos conducente à Obtenção do Grau de Doutor(a) em Ciências Jurídico-Criminais, declara por sua honra que a presente investigação constitui um trabalho original. Todas as citações e referências de outros autores que fazem parte integrante desta tese encontram-se devidamente identificadas e efetuadas de acordo com a Norma Portuguesa n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade.

Lista de Abreviaturas

Ac - Acórdão

AcTc - Acórdão do Tribunal Constitucional

AdC - Autoridade da Concorrência

AG - Advogado Geral

ANC - Autoridade Nacional da Concorrência

CAAS - Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

CAJM - Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Europeia

CDE - Cahiers de Droit Européen

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEME – Convenção Europeia em matéria de extradição

CE - Conselho da Europa

CLR - Competition Law Review

Com - Comissão Europeia

CMLR - Common Market Law Review

CMVM - Comissão de Mercado dos Valores Mobiliários

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CVIJP - Convenção sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais

DQ - Decisão Quadro

DQMDE - Decisão Quadro sobre o Mandado de Detenção Europeu

ECBA - European Criminal Bar Association

ELSJ - Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

EM - Estado Membro

O ne bis in idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária

EMP - Estatuto do Ministério Público

ETPI - Estatuto do Tribunal Penal Internacional

MDE - Mandado de Detenção Europeu

MEOP - Mandado Europeu para a Obtenção de Provas

JO - Jornal Oficial

P 7- 4 - Art. 4.º do Sétimo Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas

PIF - (Convenção Relativa à) Protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias

REC - Rede Europeia de Concorrência.

Reg. CE - Regulamento do Conselho Europeu

TCE - Tratado da Comunidade Europeia

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIDH – Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI - Tribunal Penal Internacional

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TUE - Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

A presente investigação procurou ir ao encontro das Regras de Estilo em vigor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e foi redigida em língua portuguesa, de acordo com o Novo Acordo Ortográfico. Nas referências bibliográficas introduziu-se uma lista de jurisprudência do TJUE e do TEDH, a qual, contempla apenas os acórdãos que foram analisados neste trabalho.

O corpo da tese, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 830.386 carateres.

Agradecimentos

Agradeço ao Instituto Max-Planck für Internationales und Europaisches Strafrecht de Freiburg a concessão de uma bolsa de estudos de curta duração e que me permitiu realizar parte da pesquisa naquela cidade alemã.

Um agradecimento especial à minha orientadora Professora Doutora Anabela Rodrigues e ao Prof. Edgardo Rotman, um querido amigo, os quais sempre me incentivaram a prosseguir e a concluir esta investigação, mesmo nas suas encruzilhadas.

À Ana Rita Vieira, pela sua disponibilidade e aos meus filhos Pedro e Laura, credores do meu tempo.

Resumo

O *ne bis in idem* enquanto princípio-garantia da União Europeia assume características distintas no ELSJ e no direito europeu da concorrência. Embora tendo em comum a origem pretoriana e sendo, em ambos os casos, fruto da jurisprudência do mesmo órgão jurisdicional, a densificação dos seus elementos constituintes foi efetuada, de forma diferenciada numa e noutra área da integração.

No ELSJ, o conteúdo dos elementos *bis* e *idem* é amplo e orientado à proteção integral do indivíduo, baseando-se numa axiologia assente na liberdade de circulação e na dignidade da pessoa humana enquanto direitos fundamentais.

Em contrapartida, no direito europeu da concorrência, a sua fundamentação axiológica resulta da necessidade de garantir os direitos de defesa das empresas numa ótica de processo justo, a partir do conceito de materialidade penal das sanções aplicadas, tal como interpretado pelo TEDH. Neste domínio, aquele princípio-garantia encontra-se limitado pelas características sistémicas daquele segmento da integração e pela necessidade de assegurar a aplicação paralela do direito europeu e dos direitos nacionais da concorrência.

A ausência de mecanismos vinculativos de escolha da jurisdição na UE e a possibilidade dessa ausência vir a conduzir a fenómenos de multiplicação da ação repressiva, contra as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos, reforça a importância da dimensão garantística do *ne bis in idem* e afastam o princípio da unidade da atuação sancionatória como seu fundamento axiológico.

Consequentemente, esse fundamento terá que ser comum e baseado num princípio de equidade e proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.

Na dimensão internacional, o *ne bis in idem* não assume efeito *erga omnes* nem constitui uma regra de *ius cogens*, apesar de se mostrar consagrada em inúmeros instrumentos jurídicos de direito internacional referentes aos direitos fundamentais.

Todavia, essa internacionalização é possível, através da técnica das referências cruzadas ou *cross fertilization*. O *ne bis in idem* europeu, tal como modelado pelo TJUE, constitui um arquétipo decisório que outros tribunais, de diferentes jurisdições, poderão replicar, em distintos sistémicos, como forma de internacionalizar a sua aplicação, em nome de uma ética universal de proteção dos direitos de defesa.

Palavras - Chave: *Ne Bis in Idem*, transfronteiriço, supranacional, União Europeia, ELSJ, CDFUE, CEDH, CAAS, unidade da ação repressiva, equidade, proporcionalidade, direito europeu da concorrência, competências paralelas, ANC.

Abstract

Ne bis in idem, understood as a procedural guarantee in the EU assumes different features in the AFSJ and in european competition law. Despite having a common origin (being, in both sectors the result of the case law of the same jurisdictional organ) its components are quite distinct in each area of the integration.

In the AFSJ, the content of *bis* and *idem* are broader and addressed at a larger protection of individuals. Its axiological ground is based on the freedom of movements and human dignity, whereas in european competition law its closely linked to defence rights of legal persons and the concept of criminal punishment of anticompetitive sanctions as interpreted by the ECHR's jurisprudence. In european competition law, *ne bis in idem* is limited by the systemic framework of competition law and the need to ensure parallel application of both european and national laws.

Nonetheless, the absence of a compulsory mechanism to allocate jurisdiction in the EU (both in the AFSJ and in the field of anti-trust law) demands a common axiological framework. In this context, *ne bis in idem* must be understood as a defence right based on equity and proportionality.

As far as its international dimension is concerned, *ne bis in idem* also lacks an *erga omnes* effect and it is not considered to be a rule of *ius cogens*.

Consequently, the model which the ECJ has built regarding the application of the *ne bis in idem* in transnational and supranational contexts should be replicated by other courts through cross fertilization, in order to internationalize that procedural guarantee and broaden its scope of application.

O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária

Key Words : *Ne bis in idem*, transnational, supranational, EU, AFSJ, CFREU, ECHR, unity of repressive proceedings, equity, proportionality, european competition law, parallel competences, NCA.

“O caos é a ordem por decifrar”

José Saramago, O Homem Duplicado

Pois bem, sonhemos Europa!”¹

Valéry Giscard D’Estaing

¹“Alocução de Abertura à Convenção sobre o Futuro da Europa”, em 28 de fevereiro de 2002.

INTRODUÇÃO

O fenómeno da construção europeia traduziu-se, ao longo do século XX e na atualidade, num devir histórica e politicamente inacabado, com sério impacto nas configurações normativas dos sistemas jurídicos dos países aderentes.

O projeto de integração europeia assumiu, inicialmente, contornos de índole económica (com a fundação da CECA e da EFTA), mas cedo se tornou evidente a tendência expansionista dos seus mentores que não tardaram a alargá-lo às demais áreas de intervenção pública, mormente aos aspetos político – institucional, social, bem como aos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos.

Este dinamismo centrípeto tem provocado alterações significativas nos ordenamentos jurídicos dos EM e potenciado a emergência de atores institucionais, como o TJUE² outorgando-lhes um protagonismo e um desempenho outrora inéditos. Este protagonismo decorre do papel de liderança que aquele órgão jurisdicional tem assumido na interpretação dos tratados e da produção normativa emanada dos órgãos legislativos da UE e na criação de princípios interpretativos que funcionam como balizas decisórias e “farol” para os tribunais nacionais, no tocante às questões suscitadas em sede de reenvio prejudicial. Esses critérios e princípios orientadores da interpretação do acervo normativo da UE se, por um lado, têm permitido criar vias uniformes de interpretação daqueles normativos, por outro, representam verdadeiras ruturas com a ordem jurídica recetora introduzindo-lhe, muitas vezes, cânones e modelos de decisão alheios às respetivas tradições jurídicas, configurando-se como elementos de incerteza.

Todavia, não foi apenas o TJUE a emergir como um ator privilegiado da construção europeia. Os horizontes plurinormativos que o caminho da integração

² O Tratado de Lisboa introduziu algumas alterações na denominação dos tribunais da União. Assim, o atualmente, denominado Tribunal de Justiça da União Europeia (que engloba o Tribunal Geral e os tribunais especializados) veio substituir os três tribunais, anteriormente, designados por TJCE, Tribunal de Primeira Instância e as câmaras jurisdicionais previstos, respetivamente, nos ex- arts. 221.º, 224.º e 225.º- A do TCE.

européia foi abrindo colocaram no epicentro desse fenómeno os indivíduos e as empresas, os quais, tornaram-se destinatários da produção legislativa da UE e centros de imputação de direitos e deveres numa escala mais alargada e complexa. Em contrapartida, o aprofundamento do processo de integração europeia, nas suas múltiplas dimensões (económica, social, política e jurídica) traduziu-se no aumento da produção legislativa e da litigância judicial, quer nos tribunais nacionais, quer nos tribunais europeus. Essa proliferação legislativa e processual produziu, concomitantemente, efeitos colaterais de sobreposição de mecanismos sancionatórios e jurisdicionais que se vieram a traduzir em conflitos positivos de competência.

No atual panorama normativo e institucional da UE, a construção de conceitos e quadros normativos (alargados) de referência surge como uma via de aproximação e diálogo entre os diversos sistemas possibilitando, simultaneamente, a emergência de um modelo hermenêutico europeu. Modelo esse suscetível de proporcionar segurança e certeza jurídicas na aplicação da legislação da UE e de permitir uma convivência harmónica com as legislações internas, dotando-as da elasticidade necessária à acomodação de soluções provenientes de diversas fontes normativas.

O processo de adesão da UE ao sistema da CEDH (atualmente em curso) reforça, em nosso entender, não só a necessidade de uma aproximação concetual entre princípios e normativos oriundos de distintas fontes, como reclama uma convergência interpretativa entre eles.

Na perspetiva internacional, a globalização dos fenómenos criminais e económicos teve um forte impacto nas configurações do universo normativo, exigindo a reconstrução dos quadros conceptuais do direito nacional e a necessidade da sua adaptação a domínios mais alargados, como o das relações inter-estaduais e supra-nacionais.

É neste paradigma epistemológico que se situa a presente investigação. Nesta medida, propomo-nos analisar a forma como se manifesta o *ne bis in idem* na dimensão internacional e regional.

Relativamente à dimensão internacional, debruçar-nos-emos sobre as previsões *ne bis in idem* nos instrumentos jurídicos relativos a direitos humanos e, fundamentalmente, sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

No tocante a esta dimensão está em causa, sobretudo, avaliar se reveste o caráter de princípio geral de direito público de vocação *erga omnes* e identificar os recursos que permitem a sua operacionalização enquanto tal. Esta vertente da investigação pretende assinalar as dificuldades de implementação do *ne bis in idem* na esfera internacional e propôr uma solução de matriz jurisprudencial, através da técnica das referências cruzadas ou *cross fertilization* que permita a sua internacionalização enquanto direito fundamental e garantia de defesa.

Na ordem jurídica da UE, o *ne bis in idem* será abordado sob o ponto de vista das garantias de defesa; no domínio da cooperação judiciária em matéria penal (ou seja, no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça) e no direito europeu da concorrência, numa ótica comparativa e de âmbito judiciário.

A relevância do estudo do *ne bis in idem* na dimensão regional da UE e em âmbitos normativos tão distintos quanto o direito penal e o direito europeu da concorrência prende-se com três ordens de razões. A primeira, resulta do fato deste princípio-garantia se encontrar presente em inúmeros instrumentos jurídicos do reconhecimento mútuo, no domínio da cooperação judiciária e policial em matéria penal como limite (ou fundamento de recusa) a essa cooperação. Em segundo lugar, porque tem vindo a ser objeto de um atento escrutínio pelos órgãos jurisdicionais da UE o que se tem traduzido numa prolífica jurisprudência produzida em ambos os domínios da integração. A terceira razão, prende-se com o fato de ter sido o direito europeu da concorrência a inaugurar (a um nível transnacional) o debate jurisprudencial em torno deste princípio, pelo que uma análise aprofundada deste tema ficaria, necessariamente, incompleta sem uma incursão neste ramo do ordenamento europeu.

Pretende-se obter uma visão compreensiva e abrangente do problema e perceber de que forma o *ne bis in idem* se manifesta naquelas dimensões, identificando semelhanças e divergências entre o ELSJ e o direito europeu da

concorrência, a partir da construção judiciária do TJUE e no quadro do debate europeu em torno dos direitos e garantias de defesa.

Paradoxalmente, apesar de constar em inúmeros instrumentos jurídicos da UE e da atenção judiciária de que tem sido objeto, até à presente data não foi aprovada legislação europeia que defina e concretize os seus elementos enformadores ou o seu *modus operandi* e daí a importância da jurisprudência do TJUE que foi procurando dar resposta a essas questões.

Apesar das diferenças substanciais entre as matérias da cooperação penal e do direito europeu da concorrência, subsistem elementos de ligação entre ambas que radicam, designadamente, no carácter materialmente penal das sanções administrativas aplicadas pela Comissão, conforme qualificação operada pela jurisprudência do TEDH, à luz dos critérios *Engel*.

A materialidade penal dos processos sancionatórios europeus em direito da concorrência constitui um dos pressupostos ou fundamentos teóricos desta investigação, permitindo estabelecer uma dialética comparativa nos dois contextos sistémicos.

Todavia, a transposição do *ne bis in idem* do âmbito dos ordenamentos internos para a esfera transnacional encontra inúmeros obstáculos. O primeiro desses obstáculos reside na diversidade normativa ao nível do direito substantivo e processual que pode comprometer a sua plena operacionalidade. O segundo, prende-se com a convivência de diferentes culturas jurídicas, no contexto da UE, relativamente aos direitos fundamentais e de defesa e respetivos mecanismos de tutela resultantes das heranças da *common law* e da *civil law*. O terceiro, resulta dos mecanismos relativos às cooperações reforçadas e de *opt outs* constantes do Título V do TFUE (em consequência da aprovação e entrada e vigor do Tratado de Lisboa) suscetíveis de introduzir variações na dinâmica da integração comprometendo uma evolução uniforme e homogénea.

Considerando estas especificidades, o objetivo deste trabalho é a obtenção de resposta à seguinte questão: o *ne bis in idem* configura-se como direito e garantia de defesa na ordem jurídica internacional e no ordenamento da UE?

A nossa análise cinge-se ao domínio supranacional e interestadual, excluindo a vertente interna do *ne bis in idem* (tal, a ocorrer, terá apenas como objetivo ilustrar ou assinalar aspetos pontuais) e será limitada ao contexto sistémico do Tribunal Penal Internacional, ao espaço geográfico e normativo da UE e sistemas adjacentes (como é o caso da ordem jurídica instituída pela CEDH).

No tocante à escolha do direito penal e do direito europeu da concorrência, trata-se de duas esferas de atuação da UE que têm em comum o fato de constituírem duas vertentes particularmente dinâmicas do processo de integração, com forte impacto na configuração institucional e legislativa dos ordenamentos nacionais. Por outro lado, embora por razões distintas, ambas assumem um pendor eminentemente repressivo, traduzido numa forte restrição aos direitos fundamentais das pessoas (entes singulares e coletivos) visadas nestes procedimentos. Este pendor levou o TEDH a construir, nos últimos anos, uma jurisprudência “protecionista” dos direitos fundamentais nos processos administrativo-sancionatórios equiparando-os materialmente aos processos penais, a fim de assegurar o respeito pelas garantias de defesa e pelo art. 6.º da CEDH.

Acresce ainda o fato da litigância judiciária levada a cabo pelas empresas e por grandes grupos económicos junto dos órgãos jurisdicionais da UE ter revelado, no domínio do direito da concorrência, uma forte tendência reivindicativa, no sentido de lhes ser reconhecido um acervo de direitos e garantias semelhantes aos aplicados às pessoas singulares. Tendência que tem encontrado inúmeras resistências por parte do TJUE, sobretudo, no que toca à plena equiparação entre pessoas singulares e coletivas, no campo dos direitos de defesa ³.

³ Estas dificuldades resultam, entre outras razões, do pluralismo que caracteriza a ordem jurídica da UE, uma vez que, sendo os direitos de defesa direitos de carácter processual dependem, em grande medida, do ordenamento jurídico em que são aplicados. Neste sentido *vide*, CALLEWAERTT, J. *The privilege against self incrimination in European Law - An illustration of the impact of the plurality of Courts and Legal Sources on the protection of Fundamental Rights in Europe*, ERA FORUM, p. 488-498, consultado no sítio <http://download.springer.com/static/pdf/812> em 28 de janeiro de 2012.

Entendemos que a análise comparativa do *ne bis in idem* nestas duas esferas da integração (sob o pano de fundo das garantias de defesa) reveste interesse prático, dogmático e científico.

O estudo comparativo do *ne bis in idem* numa vertente judiciária possibilita uma leitura congruente deste princípio-garantia e assinala as suas potencialidades e fragilidades, enquanto princípio estruturante dos ordenamentos jurídicos de génese democrática que assumem a defesa dos direitos fundamentais como objetivos fundadores.

Optou-se por excluir do âmbito deste trabalho a temática relativa aos conflitos de jurisdição, à qual o *ne bis in idem* tem sido exaustivamente associado. Essa exclusão configurou uma opção científica e metodológica.

Científica, porquanto entendemos que a abordagem do *ne bis in idem* no contexto do conflito de jurisdições obnubila a sua dimensão de direito fundamental e garantia processual transformando-o, sobretudo, em regra dirimente de conflitos de competências entre jurisdições.

Metodológica, porquanto essa dimensão escapa às coordenadas que presidem à presente investigação. A aproximação ao tema foi efetuada numa ótica de direito judiciário (a partir das decisões do TJUE, do TEDH e de algumas jurisdições nacionais), com recurso a uma metodologia comparativa entre o ELSJ e o direito da concorrência. Nesta medida, a análise das regras respeitantes aos conflitos de jurisdição assumiu um carácter instrumental, tendo sido efectuada de forma pontual e de molde a possibilitar um entendimento mais claro acerca dos contextos sistémicos em causa.

O estudo encontra-se estruturado em cinco partes; na I parte são identificados os novos desafios ao *ne bis in idem*, é abordada a dimensão internacional e efetuada a nossa proposta de implementação daquele princípio-garantia através da metodologia das referências cruzadas.

As II e III partes debruçam-se sobre a dimensão europeia, concretamente sobre a génese dos direitos fundamentais e garantias processuais na UE e a aplicação do *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, bem

como nos instrumentos jurídicos do reconhecimento mútuo. As IV e V partes analisam as duas dimensões do direito europeu da concorrência: a IV parte aborda a dimensão pública e a última parte do trabalho, trata a dimensão privada e a temática das ações de responsabilidade civil por danos emergentes de delitos anticoncorrenciais.

Metodologicamente, partimos da jurisprudência, da produção legislativa e institucional dos organismos europeus e da reflexão científica disponível sob a forma de artigos e teses sobre a(s) temática(s) em causa.

A opção por um tratamento judiciário do tema deveu-se ao fato de se ter constatado que a dogmática europeia (no ELSJ e no domínio do direito europeu da concorrência) reveste um carácter científico embrionário e pouco consolidado, colocando aos intérpretes e aplicadores do direito diversas dificuldades práticas. Essas dificuldades agravam-se com a proliferação da produção institucional e legislativa e a fluidez dos conceitos utilizados nestes ramos do direito europeu. A dinâmica legislativa a que vimos assistindo em cada uma destas áreas da integração se, por um lado introduziu uma constante renovação do paradigma epistemológico, por outro constituiu-se como um obstáculo ao aprofundamento das questões que os atores envolvidos vão enfrentando.

Deparámo-nos com um dos dilemas que caracterizam a ciência do Direito pós- moderna e a que alude Menezes Cordeiro: “(...) Tal o dilema do Direito no final do século vinte: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscurso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso.”

Pretendemos escapar ao metadiscurso irreal e evitar, simultaneamente, um positivismo afastado da complexidade do real, criando uma metodologia combinatória que efectuasse a síntese das realidades complexas do direito europeu e internacional.

Efetivamente, a apreensão das dimensões transnacionais e supraestaduais do *ne bis in idem* e a sua aplicação pelos tribunais implicou a tomada em

consideração de dois pólos que caracterizam o direito na actualidade: o direito tem uma natureza cultural e as decisões jurídicas carecem de uma racionalidade que as legitime, daí advindo a necessidade de criação de uma estrutura científica que as suporte.

Por estas razões, a ancoragem científica da presente investigação pressupôs uma reflexão e descrição prévias sobre o contexto e o paradigma sistémico em que se desenvolveu o *ne bis in idem* tradicional e a forma como ocorreu a sua transposição para os planos internacional e regional.

Por seu turno, a análise da jurisprudência teve por base uma dialética constante entre a fatualidade subjacente, as questões normativas colocadas aos tribunais e a solução por estes encontrada numa perspetiva crítica. O pioneirismo, a atualidade e o interesse jurídico das questões debatidas nos acórdãos foram os principais critérios orientadores das escolhas jurisprudenciais efetuadas.

Historicamente, uma das críticas que tem sido apontada ao projeto europeu prende-se com a deficiente tutela dos direitos fundamentais (resultante, num primeiro momento, da ausência de um catálogo de direitos fundamentais, do *déficit* democrático e das restrições colocadas aos cidadãos, no acesso aos mecanismos jurisdicionais para defesa dos seus direitos⁴). No entanto, a dinâmica europeia tem trazido diversas novidades neste domínio que apontam para um reforço progressivo desses direitos, materializado na adesão da UE à CEDH e na entrada em vigor da CDFUE, com carácter vinculativo. Estes dois instrumentos jurídicos introduziram no ordenamento europeu normas de direito primário que contêm previsões *ne bis in idem* e cuja interpretação e aplicação práticas carece de explicitação e articulação.

Ao longo deste trabalho indagou-se a forma como essas normas “materialmente constitucionais” convivem com os ordenamentos dos EM (num contexto de pluralismo jurídico e de internormatividade) e revelam a emergência de um modelo deontológico europeu de garantias de defesa.

⁴ Referimo-nos, a este propósito e a título exemplificativo, à ausência de legitimidade processual ativa dos particulares no acesso ao mecanismo do reenvio prejudicial (art. 267.º do TFUE) e às restrições impostas aos particulares no domínio do recurso de legalidade previsto no art. 263.º§4 do TFUE.

Este modelo deontológico de garantias de defesa constituiu um quadro de análise dúctil, de características supranacionais e principialistas e que funcionou como elemento agregador, suscetível de enquadrar e explicitar os contornos do *ne bis in idem* nos domínios mencionados.

Não obstante, a construção desse modelo europeu de garantias de defesa em procedimentos de cariz sancionatório não prescindiu do acervo da CEDH, do histórico jurisprudencial do TEDH e das previsões ínsitas na CDFUE.

Esse contributo revelou-se essencial por duas razões: a primeira, prende-se com a riqueza daquele acervo, nesta matéria e a segunda, de ordem mais pragmática, que se articula com a adesão da UE à CEDH e que culminará, inevitavelmente, na “importação” e na necessidade da sua adaptação à ordem jurídica da UE⁵.

O duplo fenómeno de importação-adaptação pressupõe a necessidade de superar o modelo original da CEDH e de efetuar a sua transposição para uma ordem jurídica autónoma (a da UE), dotada de instrumentos jurídicos e recursos institucionais específicos e que persegue fins e objetivos próprios.

A análise do *ne bis in idem* enquanto direito de defesa supranacional prendeu-se com a necessidade de cimentar, à escala da UE, um discurso doutrinário (que, esperamos, se venha a revelar precursor de um discurso normativo) legitimador dos direitos fundamentais, enquanto balizas delimitadoras dos poderes punitivos das entidades estaduais e supraestaduais. Pretendeu-se contribuir para o reforço de um discurso garantístico e dar resposta, a partir da jurisprudência, a uma tendência marcadamente repressiva do processo de integração europeia. Tendência repressiva que se encontra materializada na previsão, designadamente, nos textos dos próprios tratados, de diversas normas que outorgam competências legislativas e sancionatórias à UE, em matéria penal e em direito da concorrência.

⁵ Importa, todavia, salientar que o TJUE no Parecer 2/13 de 18.12.2014, publicado no sítio <http://curia.europa.eu/juris/document> e consultado em 22.01.2015, já após a conclusão da nossa investigação, veio declarar a incompatibilidade do acordo de adesão da UE à CEDH incompatível com as disposições do art. 6.º, § 2 do TUE e com o Protocolo nº 8 anexo ao referido tratado.

O modelo de análise do *ne bis in idem* europeu por nós sufragado tem como ponto de partida a herança e o *acquis* da CEDH, não se esgotando nele. Isto porque se trata de um modelo compreensivo e transversal aos procedimentos repressivos na UE suficientemente flexível para se adaptar aos fins e aos objetivos prosseguidos pela ordem jurídica europeia, com respeito pela autonomia processual dos EM e pelo princípio da subsidiariedade.

Outra das problemáticas abordadas prende-se com o fundamento axiológico tradicionalmente associado ao *ne bis in idem* (a proteção da dignidade da pessoa humana enquanto limite do *ius puniendi*). Neste contexto, questiona-se se este pode (ainda) ser mantido ou se, em contrapartida, terá que ser ampliado ou modificado pela entrada em cena de outros atores institucionais, configurando-se como um princípio de fundamento axiológico poliédrico.

Nesta medida, procurou-se, tendo por base a análise dos preceitos europeus que contém previsões *ne bis in idem* e as linhas gerais seguidas pela jurisprudência do TEDH e do TJUE relativas a este princípio, enquadrá-lo no contexto das garantias de defesa na UE. Ao fazê-lo, pretendeu-se contribuir para uma explicitação objetiva dos seus contornos clarificando, de que forma, tal pode salvaguardar os direitos processuais das pessoas singulares e coletivas visadas, à escala da UE, em duplos procedimentos sancionatórios, colocando-as ao abrigo desse fenómeno e, no limite, de duplas ou plúrimas condenações.

I parte - O *ne bis in idem* enquanto princípio geral de direito e garantia de defesa

Capítulo I

1. O sentido e o alcance do *ne bis in idem* numa breve perspectiva histórica

A genealogia da dogmática moderna relativa ao *ne bis in idem* radica no movimento humanista que, a partir dos séculos XVII e XVIII revolucionou os cânones do direito penal. No entanto, as suas raízes são mais antigas e remontam ao ordenamento grego e ao direito romano, os quais, através da expressão latina *bis de eadem re ne sit actio*, já consagravam a proibição da dupla punição da mesma pessoa pela prática do mesmo delito ⁶.

Consequentemente, refletir em torno do *ne bis in idem* no contexto do direito penal europeu (ainda que emergente)⁷ implica empreender uma viagem iniciática nas duas dimensões de espaço – tempo em que se construiu e sedimentou o direito penal contemporâneo ⁸. Referimo-nos a uma dimensão espacial, porquanto a génese do *ne bis in idem* acompanha o âmbito de aplicação da própria lei penal reconduzida originariamente às fronteiras do Estado Nação, por força do princípio da territorialidade. O direito penal, enquanto elemento intangível da soberania foi, desde a sua génese e até à recente emergência da jurisdição penal internacional, uma competência exclusiva do poder estatal, exercida através das respetivas instâncias formais de controlo.

A dimensão temporal emerge das origens históricas daquele princípio que remontam ao Iluminismo e representam uma conquista da Modernidade,

⁶ Para uma visão mais detalhada e abrangente das origens históricas do *ne bis in idem*, veja-se, na doutrina nacional, COSTA RAMOS, V. *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Na doutrina francesa, LELIEUR- FISCHER, J. *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité de l'action répressive: étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, tese de doutoramento inédita, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2005.

⁷ RODRIGUES, A. : *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁸ Reportamo-nos ao direito penal *latu sensu*, englobando o direito penal substantivo e processual.

conquista que se foi consolidando ao longo do tempo e se apresenta, hodiernamente, como um elemento estruturante do Estado de Direito Democrático.

Nos séculos XVII e XVIII o movimento das luzes fez emergir uma conceção humanista do direito penal, alicerçada na razão e no Homem, por contraponto à visão teocêntrica e autoritária dos séculos anteriores. O indivíduo, colocado no centro do discurso filosófico, político, antropológico e normativo passa a ser, simultaneamente, o fundamento e o limite da intervenção do Estado na sociedade, beneficiando de um estatuto próprio de dimensão constitucional que se estende à legislação ordinária, nomeadamente, ao direito e ao processo penal. Como afirma Figueiredo Dias: “ (...) o direito processual penal torna-se em uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de Magna Carta dos direitos e garantias individuais do cidadão ⁹. ”

A deslocação da *ratio* do poder do soberano para o cidadão abriu caminho a fórmulas mais humanas de conceber o poder punitivo (das quais, resultaram valores e princípios como o que ora nos ocupa), encarnando o direito penal essa tensão permanente entre a liberdade individual e as pretensões punitivas do Estado. Desta forma, o *ne bis in idem* assumiu, historicamente, uma dimensão conformadora dos direitos individuais configurando-se como uma vertente dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

A originalidade do pensamento moderno (em que se destaca Benjamin Constant) reside, precisamente, na convicção que o bom governo repousa sobre duas exigências fundamentais: o reconhecimento dos direitos individuais e a sua proteção eficaz e o estabelecimento de uma Constituição que limite os poderes do Estado: “(...) há uma parte da existência humana que, necessariamente, continua individual e independente e que por direito está fora de toda a

⁹ DIAS, J. F. : *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, reimpressão, p. 64.

competência social. A soberania não existe senão de uma maneira limitada e relativa¹⁰.”

O direito de punir entendido até ao Iluminismo como apanágio do poder do soberano enfrentou os limites impostos pela visão humanista dos delitos e das penas. Cesare Beccaria escreveu, a este propósito: “Todo o ato de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares¹¹.”

O percurso do constitucionalismo moderno é a história de uma dupla conquista: a conquista dos direitos cívicos e políticos pelo indivíduo e a da sua liberdade e segurança perante os poderes públicos. Foi por via das constituições que estes direitos tiveram uma efetiva consagração prática e assumiram força vinculativa, quer no domínio das relações entre o sujeito e os entes públicos, quer no domínio das relações intersubjetivas.

Em 1776, na Declaração de Direitos de Virgínia, foram proclamados os princípios fundamentais e estruturais do constitucionalismo moderno: a responsabilidade e sindicabilidade do governo, o direito correspondente de o “reformular, alterar ou abolir”, a separação dos poderes, o julgamento por “um júri imparcial” e a ideia correlativa de que o governo constitucional é um governo limitado¹².

Posteriormente, em 16 de agosto de 1789, foi proclamada em França a Declaração dos Direitos do Homem, também ela contendo um elenco de princípios de assinalável importância, precursores do moderno constitucionalismo e que culminaram no art. 16.º: “Uma sociedade onde a

¹⁰ CONSTANT, B.: *Princípios da Política aplicáveis a todos os Governos*, citado por Olivier Nay, *História das Ideias Políticas*, Petrópolis, Editora Vozes, 2007, p. 311.

¹¹ BECCARIA, C.: *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.64.

¹² DIPPELL, H.: *História do Constitucionalismo Moderno - Novas Perspectivas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 9.

garantia dos direitos não for assegurada e a separação de poderes estabelecida, não tem constituição.”

Na sequência da Revolução Francesa e dos valores que a inspiraram, a Constituição francesa de 1791 e o Code d'Instruction Criminelle consagraram o *ne bis in idem* nos arts. 9.º (capítulo terceiro do título III) e 360.º, respetivamente.

O *ne bis in idem* moderno surge neste contexto histórico-filosófico como corolário da limitação ao direito de punir e de garantia de respeito pela pessoa humana uma vez que o indivíduo deixa de ser considerado um “objeto” do direito e do processo penal para passar a ser um sujeito atuante com deveres mas, sobretudo, com direitos constitucional e processualmente reconhecidos.

Todavia, a evolução histórica do *ne bis in idem*, a densificação dogmática dos seus elementos constituintes e os recursos processuais alocados à sua operacionalização foi sempre perspectivada e desenvolvida no contexto da soberania estadual e no quadro geográfico-territorial dos ordenamentos internos. Por essa razão, sendo a transnacionalização do *ne bis in idem* um processo relativamente recente, confronta-se com inúmeros obstáculos e objecções, dado que a sua aplicação deixou de se limitar ao binómio estado - cidadão para assumir um carácter triangular ou multilateral envolvendo, para além do cidadão, dois ou mais estados.

Acresce ainda que, o reconhecimento de personalidade jurídica aos entes coletivos e a emergência de entes supranacionais, complexificou e alargou o âmbito de aplicação do *ne bis in idem*, suscitando novos problemas que demandam uma renovação dogmática dos quadros conceituais e dos respetivos fundamentos axiológicos.

2. Os desafios da Pós - Modernidade ao *ne bis in idem* contemporâneo

O princípio *ne bis in idem* enfrenta enormes desafios, um dos quais, a ampliação da sua dimensão “geográfica” (outrora coincidente com as fronteiras do estado nação e o princípio da territorialidade) e tende, atualmente, a assumir um caráter transnacional, universal e regional.

Esses desafios prendem-se com a emergência de fenómenos criminais globais resultantes da interpenetração das economias mundiais, dos intercâmbios tecnológicos, fluxos migratórios e da ampla circulação de pessoas e capitais, com forte impacto nas realidades normativas contemporâneas. Neste âmbito, afirma Delmas-Marty: “ (...) o que domina a paisagem normativa actual é a grande desordem de um mundo excessivamente fragmentado, dir-se-ia mesmo deslocado por uma globalização anárquica e, ao mesmo tempo, rapidamente reunido, uniformizado, por uma integração hegemónica que ocorre, simultaneamente, entre o silêncio do mercado e o troar das armas ¹³ ”.

Os horizontes normativos da contemporaneidade estão marcados pela emergência de processos dinâmicos de nível horizontal (entre atores institucionais não hierarquizados) e de integração em estruturas verticais de dimensão supraestatal, sejam essas estruturas de dimensão política, como a UE, económica, como a Organização Mundial do Comércio, ou judiciária, como o Tribunal Penal Internacional ¹⁴.

Este jogo de confluências entre diversas instituições capazes de produzir normas e ditar o direito pressupõe a necessidade de articulação entre si e coloca desafios à ordem normativa preexistente, aos seus cânones e valores, exigindo

¹³ Tradução nossa do inglês : “(...) *what dominates the legal landscape today is the great disorder of a world that is excessively fragmented, even dislocated, by an anarchical globalization, and at the same time very quickly made united, even uniform, by hegemonic integration that occurring simultaneously in the silence of the market and the roar of the weapons.*”¹³ DELMAS-MARTY, M.: “The Relative and the Universal-Ordered Pluralism”, in http://www.college-de-france.fr/site/int_dro, recuperado em 15.04.2010.

¹⁴ Vide, sobre este assunto, VIADA, G.N. *Derecho penal y globalización - Cooperación penal internacional*, Madrid, Marcial Pons- Ediciones Juridicas y Sociales, S.A.

uma superação do “nacionalismo metodológico”¹⁵ na forma de interpretar e aplicar o direito.

O espaço normativo da modernidade encontra-se marcado por três tipos de fenómenos: a cooperação propriamente dita, que pressupõe uma relação de tipo horizontal entre entidades independentes e que interagem em pé de igualdade, a unificação, que pressupõe uma integração perfeita dos ordenamentos e dá origem a uma realidade sistémica única e a via da harmonização, que constitui um processo de integração imperfeito, uma vez que, apesar da aproximação entre os sistemas, estes conservam parte das suas diferenças ¹⁶.

Ulrich Sieber identifica quatro fatores que determinam a convergência entre ordenamentos distintos, explicam a dinâmica normativa contemporânea e apontam para a emergência de um fenómeno de harmonização penal de tendência regional e universal:

- i. o crescente desenvolvimento e reconhecimento internacional de posições comuns (common legal positions);
- ii. o aumento do interesse pela segurança internacional, motivada pelo crime transnacional, como se verifica em áreas como a criminalidade económica, os delitos informáticos e o terrorismo;
- iii. a influência crescente de diversos actores estaduais e não estaduais na área da política criminal;
- iv. o incremento da cooperação judiciária internacional em matéria penal, baseada em novos instrumentos jurídicos, mais eficazes que os anteriores ¹⁷;

Assim sendo, o próprio direito penal deixou há muito de ser *un champ clos*¹⁸ e a ordem jurídica penal, tal como tradicionalmente entendida, deixa de

¹⁵ Expressão da autoria de BECK, U. : *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 105, citado por, DUBOUT, E. e TOUZÉ, S. in *Les Droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Editions A. Pedone, 2009, p. 12.

¹⁶ DELMAS- MARTY, M.: *Los procesos de interacción*, in *Los caminos de la Armonización Penal*, (Delmas-Marty, M, Pieth, M, Sieber, U direct.), Valência, UCLM, Tirant lo Blanch, 2009, p.527-544.

¹⁷ SIEBER, U.: *Los factores que guían la armonización del Derecho Penal*, in *Los caminos de la Armonización Penal*, (Delmas-Marty, M, Pieth, M, Sieber, U direct.), Valência, UCLM, Tirant lo Blanch, 2009, p.481-526.

fazer sentido, carecendo os seus pressupostos teóricos e metodológicos de uma nova racionalidade. Como anuncia Delmas-Marty: “(...) se a ordem tradicional parece estilhaçar-se, dispersando-se numa política criminal de contornos incertos, será este o sinal anunciador de uma racionalidade diferente? ¹⁹ ”. A autora assinala as descontinuidades normativas, o risco de incoerência sistémica (que podem afectar os ordenamentos jurídicos influenciados pela lógica da globalização do direito) e a emergência de um novo paradigma epistemológico pós-moderno, impulsionado pelos novos processos de harmonização penal ²⁰.

Este novo paradigma gera sistemas e sub-sistemas normativos complexos que combinam lógicas distintas, de índole nacional, regional e internacional. Por outro lado, a interrupção das cadeias normativas verticais debilitam o formalismo, a previsibilidade das normas e incrementam as contradições sistémicas, por potenciarem conflitos entre os interesses juridicamente protegidos e o quadro de valores.

A ordem jurídica mundial encontra-se, por isso, num momento de transição marcado pela descontinuidade e dispersão normativas, pela crise da tradicional separação dos poderes (potenciada pela emergência de um certo “ativismo judiciário”) dividida entre o relativismo e a universalidade dos valores e pautada por uma assincronia normativa.

Ferrajoli salienta, por seu turno: “Se tivesse que definir globalização, defini-la-ia como o vazio do direito público à altura dos novos poderes e dos novos problemas, como a ausência de uma esfera pública internacional, quer dizer, de um direito e de um sistema de garantias e instituições idóneas a disciplinar os novos poderes desregulados e selvagens tanto do mercado como da política. Esta crise do papel do direito gerada pela globalização manifesta-se em

¹⁸ DELMAS-MARTY, M.: *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 31.

¹⁹ Tradução nossa do francês :“(…) si l’ordre penal traditionnel paraît voler en éclats, se disperser en une politique criminelle aux contours incertains, est-ce le signe annonciateur d’une rationalité différente?”, *vide*, DELMAS-MARTY, M., *ob.cit.*, p. 41.

²⁰ DELMAS-MARTY, M.: *Los modelos de armonización*, In *Los caminos de la Armonización Penal*, (Delmas-Marty, M, Pieth, M, Sieber, U direct.), Valência, UCLM, Tirant lo Blanch, 2009, p.545-562.

matéria penal, como crise, ou pior ainda como quebra das funções justificativas do direito penal e dos seus fundamentos legitimadores ²¹.”

É neste contexto genericamente afluído que se situam os principais desafios ao *ne bis in idem*. Inicialmente configurado como um princípio estruturante do direito penal interno de cada Estado (em muitos casos com dimensão e consagração constitucionais), o *ne bis in idem* superou as dimensões e as barreiras fronteiriças e assume contornos transnacionais, efetuando pontos de contacto e estabelecendo relações entre jurisdições nacionais (transnacionalidade horizontal) ou entre as jurisdições nacionais e internacionais (transnacionalidade vertical).

A soberania, assente na conceção estadual herdada dos tratados de Vestefália, parece ultrapassada e a lógica da globalização (que começou por ser um fenómeno de índole económica) impôs-se, de forma irremediável, nas diversas dimensões da vida social.

A este propósito, Manuel Castells salienta: “(...) o que temos testemunhado é, simultaneamente, o processo irreversível de partilha de soberania na gestão das principais questões de ordem económica, ambiental e de segurança e o entrincheiramento dos Estados Nação como componentes básicos desse complexo emaranhado de instituições políticas. (...) o resultado desse processo não é o fortalecimento dos Estados Nação, mas sim a erosão sistémica do seu poder em troca da sua permanência ²²”.

Os estados modernos são hoje parte de contextos sistémicos mais alargados, integram organizações supra-nacionais e estabelecem tratados e

²¹ Tradução nossa, a partir da versão castelhana: “Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política. Esta crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus fundamentos legitimadores.” in FERRAJOLI, L. *Criminalidad y Globalización*, (trad. Miguel Carbonell) in Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXIX, número 115, enero- abril, 2006, pp. 301- 306, também disponível no sítio <http://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/02/criminalidad-y-globalizacin-l-ferrajoli/>, consultado em 27.06.2013, p.302.

²² CASTELLS, M. : *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, O Poder da Identidade*, Vol. II, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian-Serviço de Educação e Bolsas, 2007, p. 391.

acordos de carácter bilateral e multilateral. Também as empresas e as grandes corporações atuam e influenciam o mundo jurídico, exigindo respostas normativas adequadas às suas particularidades e disputando, com os estados e os cidadãos, as esferas de poder.

Esta realidade tem como consequência o questionar do modelo monista de soberania estadual e aponta caminho ao aparecimento de outro(s) modelo(s), pós moderno(s), caracterizados por uma harmonização complexa, de tipo vertical e horizontal que combina duas vias ou duas formas de abordagem ao universo normativo: legalista e humanista²³. A primeira, assente em princípios jurídicos como a subsidiariedade e a complementaridade, faz apelo a duas técnicas para a resolução de conflitos sistémicos: a da equivalência funcional e a margem nacional de apreciação. A segunda, humanista, assenta na interpretação cruzada e incorpora, por essa via, no direito penal, os valores inscritos nos instrumentos de protecção dos direitos humanos²⁴.

Delmas-Marty propõe um terceiro modelo de análise do direito penal na pós-modernidade: um modelo pluralista, baseado na harmonização e inspirado pela combinação das técnicas legalista e humanista.

Em síntese, a pós - Modernidade trouxe consigo grandes desafios ao *ne bis in idem*, designadamente, a sua aplicação fora do contexto estadual, a necessidade de extensão aos entes coletivos, bem como, a delimitação coerente dos seus elementos enformadores num contexto epistemológico de pluralidade normativa e axiológica.

²³ A autora distingue, neste contexto, cinco modelos: soberanista (dualista), universalista (monista), liberal (monista), pluralista legalista (misto) e pluralista humanista (misto), ob. cit. p.554.

²⁴ Vide, neste sentido, DELMAS-MARTY, M. ob. cit. p.553 e 554.

3. *Ne bis in idem*: concetualização, natureza jurídica e fundamentação axiológica

A expressão *ne bis in idem*, enquanto limite ao poder punitivo, pode ser entendida em três sentidos distintos:

- i. proibição da duplicação de atuações repressivas, pelos mesmos factos, respeitante à(s) mesma(s) pessoa(s) jurídica(s);
- ii. cúmulo de qualificações jurídicas numa única ação²⁵;
- iii. enquanto proibição do cúmulo de sanções aplicáveis à mesma pessoa, pelos mesmos fatos;²⁶

O primeiro traduz uma visão maximalista do *ne bis in idem* e opera a montante, ou seja, enquanto princípio de preclusão da ação repressiva contra a mesma pessoa correspondendo, na terminologia da dogmática alemã, ao *Erledigungsprinzip*.

O segundo concerne ao problema da delimitação do objeto do processo e da qualificação jurídica dos fatos, no âmbito da teoria do concurso de crimes. No entanto, esta dimensão de análise, como se encontra fora do âmbito da nossa investigação, não será considerada.

Em contrapartida, o terceiro entendimento traduz-se no princípio do desconto - *Anrechnungsprinzip* – como vertente do princípio da proibição do excesso e da proporcionalidade. Neste caso, não está em causa prevenir ou proibir a instauração de um novo procedimento repressivo-sancionatório, contra a mesma pessoa jurídica, mas apenas mitigar os efeitos negativos do cúmulo de sanções, subsequentes a duplos ou plúrimos procedimentos sancionatórios determinando que, na ponderação da(s) sanções a aplicar(s) se leve em linha de conta a primeira ou as anteriores.

²⁵A formulação contida no ponto ii. relega-nos para o problema do objeto do processo e da sua qualificação jurídica, bem como para a temática dos limites objetivos do caso julgado, matéria esta que excede o âmbito da nossa investigação, razão pela qual não será tida em consideração neste contexto.

²⁶ LELIEUR-FISCHER, J.: *La règle ne bis in idem*, ob. cit. p. 21.

Trata-se, por isso, de uma manifestação de justiça material e de equidade no domínio da atuação repressivo-sancionatória. O princípio do desconto revela-se importante, não só no quadro do direito penal mas também no âmbito do direito da concorrência, a propósito do sistema de competências paralelas das ANC e da Comissão instituído pelo Reg. CE N.º. 1/2003, pelo que se relega uma análise mais detalhada do problema para esse capítulo.

A tendência actualmente dominante da doutrina europeia, na qual se destaca Lelieur-Fischer, tem sido a de restringir o *ne bis in idem* ao primeiro entendimento, ou seja, a de considerar que aquele se traduz na preclusão da ação repressiva ulterior, quanto aos mesmos factos e à(s) mesma(s) pessoa(s), ao abrigo de um princípio da unidade da ação repressiva²⁷.

Lelieur-Fischer distingue, concetualmente, o *ne bis in idem* do conceito de “caso julgado”, embora reconheça que tradicionalmente, ambas as problemáticas, de alguma forma, se confundam²⁸. Nesta visão, o *ne bis in idem* tem como objetivo a protecção do indivíduo e assegura que toda a pessoa visada numa ação repressiva, relativamente a certos factos, não volte a ser alvo de nova actuação punitiva relativamente aos mesmos factos. Por contraponto, a regra do caso julgado - *res judicata* - não visa tutelar direitos individuais, mas antes garantir a credibilidade do exercício das funções jurisdicionais, evitando a contradição de julgados e reforçando a presunção de veracidade e de validade das decisões judiciais.

A conceção do *ne bis in idem*, enquanto princípio da unidade e da preclusão da ação repressiva, em detrimento do princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção (que subjaz ao princípio do desconto), traduz-se numa maior protecção da esfera individual, uma vez que o visado não chega a confrontar-se com a possibilidade de vir a ser, novamente, submetido a um procedimento repressivo, pela prática dos mesmos factos. Consequentemente, *ne bis in idem* e princípio do desconto serão, por natureza, auto-excludentes. O *ne*

²⁷ LELIEUR-FISCHER, ob. cit. p. 40.

²⁸ Também Costa Ramos segue este entendimento na obra citada, *vide* p. 34 e ss.

bis in idem, enquanto manifestação processual da unidade da ação repressiva obriga à alocação dos meios adequados ao procedimento sancionatório que, em primeiro lugar, vier a ser accionado, porquanto verificando-se a prolação de uma decisão definitiva, a (re) apreciação daquela fatualidade, numa outra ação ficará, de acordo com esta construção, irremediavelmente, comprometida.

Em consequência, para Lelieur-Fischer, o fundamento do *ne bis in idem* europeu não pode, nem deve, ser procurado na protecção do caso julgado de dimensão internacional mas antes num outro postulado: o da dignidade da pessoa humana, cuja tutela pressupõe um conceito amplo de ação punitiva.

Na ordem jurídica da UE, o princípio do reconhecimento mútuo e a abolição do *exequatur*²⁹ compreendem a aceitação da internacionalização da autoridade do caso julgado, mas não podem de *per se* sustentar, teoricamente, o princípio *ne bis in idem*. O respeito pela autoridade de caso julgado não se coloca da mesma maneira perante decisões contraditórias proferidas no âmbito de um mesmo ordenamento ou quando estão em jogo ordenamentos jurídicos estrangeiros. Neste último caso, e uma vez que os pressupostos de cada uma das decisões em confronto são inteiramente distintos, a tutela da confiança na credibilidade do sistema de justiça quanto a tais decisões não se colocaria com a mesma acuidade.

Apesar de se aceitar a distinção concetual efetuada por Lelieur-Fischer (ao emancipar o *ne bis in idem* da figura do caso julgado) é de salientar que, a operacionalidade do *ne bis in idem* não pode prescindir da *res judicata* e que a manutenção da interligação entre os dois conceitos é imprescindível.

O *ne bis in idem* comporta duas vertentes: por um lado, configura-se como um direito subjetivo fundamental que outorga ao cidadão a garantia de não ser julgado mais do que uma vez pelos mesmos fatos (conferindo-lhe a possibilidade de se defender contra atos estaduais violadores deste direito) e, como princípio constitucional objetivo que vincula o legislador ordinário à definição do caso

²⁹ Esta expressão, importada da cooperação judiciária em matéria civil, designa o procedimento de reconhecimento e execução de decisões judiciais proferidas por um determinado estado membro num outro estado membro, no qual se pretende que esta venha a produzir efeitos plenos.

julgado material, de modo a impedir a existência de vários procedimentos sancionatórios pelo(s) mesmo(s) fato(s) ³⁰.

Assume, desta forma, uma natureza bidimensional, na medida em que se recorta simultaneamente, como um direito fundamental dos cidadãos (e limite imanente ao *ius puniendi* do Estado) e como fonte de legitimação do próprio ordenamento jurídico, ao garantir o respeito pelo caso julgado – *res judicata* ³¹. É que, o escopo protectivo do *ne bis in idem* apenas se faz sentir quanto às decisões definitivas, ou seja, relativamente àquelas que hajam transitado em julgado. Consequentemente, os dois conceitos (embora material e funcionalmente distintos como defende Lelieur-Fischer) mantêm, necessariamente, uma ligação umbilical.

Em nosso entender, o *ne bis in idem* apresenta um fundamento axiológico de carácter poliédrico tendo em conta a sua potencial aplicação às pessoas singulares e às pessoas coletivas. A sua axiologia não se pode esgotar na tutela da dignidade da pessoa humana, mas estende-se a outras dimensões, configurando-se como uma exigência de justiça material e expressão de equidade, dado que subjacente a este princípio encontram-se razões atinentes à certeza e segurança jurídicas, bem como à salvaguarda da paz social.

Nestes termos defendemos que, a transnacionalização do *ne bis in idem* deve ser contextualizada no debate em torno dos direitos fundamentais na UE, particularmente, o relativo aos direitos de defesa, numa perspectiva de universalização de tais direitos, quer em relação às pessoas singulares, quer em relação às pessoas coletivas.

O reconhecimento do carácter universal desses direitos e garantias confere-lhes a possibilidade de estabelecer pontos de ligação privilegiados entre os distintos ordenamentos, entabulando uma comunicação racional entre eles e

³⁰ CANOTILHO, J. J. G. e VITAL MOREIRA.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 p. 497.

³¹ VERVAELE, J. distingue, a este propósito, duas dimensões do *ne bis in idem* a partir dos brocardos latinos *nemo debet bis vexari pro una et aedem causa* (ninguém pode ser acusado duas vezes pelo mesmo facto) e *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo facto).

contribuindo para o seu reforço à escala global ³². O *ne bis in idem* deve ser entendido à luz deste enquadramento porquanto, assumindo uma dupla natureza (de direito fundamental e garantia de defesa) encontra-se axiologicamente ligado à dignidade da pessoa humana, aos princípios da certeza, da segurança jurídica e do julgamento “justo e equitativo”, enquanto dimensões estruturantes dos ordenamentos modernos.

Além do mais, encontrando-se previsto em inúmeros instrumentos jurídicos de direitos fundamentais de âmbito supranacional, como sejam o PIDCP, a CEDH e a CDFUE, será a partir destes normativos que se efetuará a sua emancipação relativamente aos sistemas jurídicos nacionais.

A internacionalização do *ne bis in idem* e a respetiva ancoragem normativa e axiológica, deve partir dos instrumentos jurídicos de direito internacional em matéria de direitos humanos, atenta a diversidade das suas manifestações nos ordenamentos internos e a necessidade de encontrar uma gramática interpretativa universal comum que sustente essa internacionalização.

Todavia, independentemente, da forma como se manifesta nos sistemas normativos dos diversos países, o seu núcleo essencial (como direito fundamental estruturante dos sistemas jurídicos da Modernidade) permanece um elemento comum e transversal a todos eles: trata-se de um direito subjetivo, materializado numa garantia processual da pessoa jurídica.

No tocante à natureza jurídica do *ne bis in idem*, concebemo-lo como um princípio jurídico, por ser essa a estrutura normativa que melhor se adapta às configurações transnacionais e em virtude de ser esta a abordagem efetuada pelo TJUE nos acórdãos que proferiu sobre o tema.

Na verdade, os princípios jurídicos possuem um elevado grau de abstração, desempenham uma função deontica própria e revestem uma natural ductilidade dado que, assumem um conteúdo mais amplo do que as regras e

³² Neste sentido, DELPEREE, F : *La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit - Reg. CE n.º 1/2003*, in Liber Amicorum J.C Escarras: La communicabilité entre les systèmes juridiques, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 59.

desempenham uma função monogenética (podem ser fontes constitutivas de outras normas)³³.

A estruturação do *ne bis in idem* enquanto princípio jurídico permite acomodar, no seu âmbito de aplicação, uma diversidade de soluções normativas.

Integrando o universo do dever-ser e constituindo elementos auxiliares da aplicação de normas e integração de lacunas, os princípios jurídicos fornecem um quadro de análise suficientemente amplo, permitindo explorar a sua adequação às realidades supra e transnacionais.

Por outro lado, como já se salientou, o TJUE tem construído o *ne bis in idem* europeu, tendo por base uma natureza jurídica principiológica, como forma de superar as distintas configurações dos ordenamentos da UE, possibilitando a acomodação e a convivência entre esses ordenamentos.

4. O alargamento da esfera de proteção *ne bis in idem*: da pessoa singular aos entes coletivos

As origens históricas do *ne bis in idem* radicam, nos sistemas jurídicos democráticos, no domínio do direito penal clássico.

O princípio resultou de um fenómeno de humanização progressiva do direito penal e da adoção de uma filosofia iluminista defensora da limitação dos poderes soberanos e das liberdades individuais, em face do *ius puniendi* estadual. O *ne bis in idem* é o resultado de um processo de evolução e sedimentação histórica dos direitos fundamentais do indivíduo na sua dimensão de cidadão.

Consequentemente, os dois eixos enformadores da configuração tradicional daquele princípio são o indivíduo, enquanto destinatário, e o direito penal enquanto instrumento de reposição da paz, da normatividade social e de prevenção e repressão dos delitos.

³³ Sobre este tema, AMARAL. M.L.: *A forma da República - uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 123.

Porém, o fenómeno da integração europeia tem, ao longo das últimas décadas desafiado, de forma constante e, em múltiplas dimensões, toda a realidade económica, político-institucional e normativa herdada da tradição iluminista.

Uma das características das sociedades modernas radica no fato do espaço que foi, até há bem pouco tempo, ocupado pelo estado e pelas instituições estaduais ter entrado em declínio e, conseqüentemente, ter vindo a ser, de forma progressiva, substituído pelas empresas e associações de empresas (corporações). Paralelamente, tem-se assistido, no plano normativo, à substituição do sujeito individual por uma hegemonia corporativa. Como salienta, Cotterrell:” (...) é claro que a pessoa jurídica mais importante no mundo capitalista contemporâneo não é o indivíduo mas as corporações. Uma vez que, uma corporação é reconhecida como uma pessoa à luz da lei, é capaz de assumir responsabilidades tais como celebrar contratos, adquirir bens e cometer crimes ³⁴”.

O *locus standi* normativo já não está centrado, em exclusivo, na pessoa humana mas passou a incluir a pessoa jurídica, pelo que, o paradigma deixou de ser atomista e individual, para passar a assumir uma característica grupal ou organizacional.

Cotterrell assinala a este propósito que, o maior problema das sociedades do pós-guerra prende-se com o controlo do poder das grandes empresas e corporações ³⁵.

O impulso das trocas comerciais à escala do globo transformou as fronteiras físicas dos estados em fronteiras virtuais, fazendo emergir novos atores sociais com reivindicações identitárias e estatutárias específicas. Entre esses novos atores encontram-se as empresas e as grandes corporações que, atuando de forma direta e indireta no tecido sócio-económico (e até político) dos países

³⁴ Tradução nossa do inglês: “However, it is clear that the most important legal persons in capitalist enterprise in contemporary Western societies are not human individuals but corporations. Since a business corporation is recognised as a person in law it is capable of assuming legal responsibilities and acquiring legal rights: for example, by making contracts, owning property, committing crimes.” in COTTERRELL R: *The Sociology of Law - An Introduction*, London, Butterworths & Co. Publishers, Ltd, 1984, p.131.

³⁵ COTTERRELL, R. ob. cit. p. 133.

reivindicam, para si um estatuto jurídico protetivo semelhante ao conquistado pelos indivíduos. As empresas ou, na linguagem jurídica, as pessoas coletivas, competem em pé de igualdade com os indivíduos pela tutela do direito. Encontramo-nos, por isso, num momento de transição entre o que Norbert Elias apelida de sociedade dos indivíduos³⁶ e a sociedade das corporações.

Com efeito, nos últimos anos temos vindo a assistir à emergência de um discurso empresarial reivindicativo, sobretudo, em matérias que contendem diretamente com os interesses económicos das pessoas coletivas, designadamente, no âmbito da sua responsabilidade penal e no domínio do direito da concorrência áreas, nas quais, os estados têm procurado assumir um papel de controlo ou de regulação.

Esse discurso traduz-se, nomeadamente, na exigência de aplicação às pessoas coletivas de arquétipos normativos e decisórios concebidos e pensados para a pessoa humana. As empresas reclamam uma maior tutela e proteção, substantiva e processual, não só em relação aos entes estaduais, ou dotados de prerrogativas de direito público, como em relação a outros entes coletivos de direito privado, num processo que podemos apelidar de subjetivização empresarial.

Tais reivindicações fazem-se sentir não só no que respeita às políticas legislativas dos estados (uma vez que, as empresas e os grupos económicos constituem-se como *lobbies* junto do poder político-legislativo) mas também na vertente judiciária, através do recurso aos tribunais e à invocação, nessa sede, de direitos e prerrogativas de génese individual.

O emergir das empresas e das grandes corporações no cenário normativo tem conduzido a uma transformação das categorias dogmáticas tradicionais e a uma readaptação técnico-concetual em diversas áreas do direito.

Em 1839, o Supremo Tribunal de Justiça Norte Americano declarava, no caso *Bank of Augusta vs. Earle* (1839) 13 Pet. 519 at 587 que, não sendo uma

³⁶ Vide, ELIAS, N.: *A Sociedade dos Indivíduos - a questão cardeal da sociologia*, 2ª edição, Lisboa, D. Quixote, 2004.

empresa um cidadão, não lhe poderiam ser aplicados os direitos constitucionais de cidadania.

Porém, já em finais do séc. XIX, o mesmo Supremo Tribunal reconheceu a aplicação da 14^a Emenda da Constituição Federal Norte Americana, que contém os direitos e as garantias do processo justo ou *due process*, às empresas³⁷.

A aplicação das garantias (ou, pelo menos, de algumas dessas garantias) do processo justo ou equitativo às empresas tem tido diversas expressões de carácter constitucional, legal e judiciário. Algumas constituições nacionais e diversos textos de tratados e convenções internacionais têm outorgado e reconhecido, progressivamente, um acervo de direitos fundamentais às empresas e entes colectivos, relacionados sobretudo com a proteção da propriedade privada e dos investimentos e com as garantias do processo justo³⁸.

A jurisprudência também tem assumido, neste domínio, um papel percursor (particularmente, a jurisprudência do TEDH) através do reconhecimento e aplicação de algumas das normas da CEDH, às pessoas coletivas.

Na UE, marcada pela internormatividade e pluralidade de ordenamentos jurídicos, a questão do reconhecimento de direitos de defesa às empresas tem-se colocado, não só do ponto de vista da discussão teórica e doutrinária mas, fundamentalmente, do ponto de vista da prática judiciária. A maior parte da litigância produzida junto do TJUE é impulsionada pelas empresas e grupos empresariais³⁹. Ora, é precisamente nessa sede que se têm suscitado as maiores controvérsias relativamente ao conteúdo, limites e alcance dos direitos de defesa dos entes coletivos, à luz do art. 6.º da CEDH.

No acórdão *Menarini Diagnostics S.R.L.c Itália* (27.09.2011) o TEDH decidiu que os processos sancionatórios anticoncorrenciais revestem uma

³⁷ Vide, COTTERRELL, R. ob. cit p. 133.

³⁸ Vide, neste sentido, EMBERLAND, M.: *The Human Rights of Companies - Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, 2006.

³⁹ Vide, em suporte desta afirmação, MATLI, W. e SLAUGHTER, A.M, *Revisiting the European Court Of Justice*, 1998, p.188-190.

natureza materialmente penal para efeitos de aplicação das garantias processuais previstas no art. 6.º do CEDH ⁴⁰.

Porém, não existe nenhuma legislação europeia que contemple, especificamente, os direitos de defesa das empresas. O reconhecimento desses direitos tem sido efetuado, ao nível supranacional, através de um processo casuístico, de génese jurisprudencial. Nesta medida e no tocante a iniciativas legislativas da UE em matéria de direitos de defesa, este setor da integração encontra-se um passo atrás relativamente ao ELSJ ⁴¹.

Por outro lado, da base jurídica que fundamenta a política europeia do direito da concorrência (vertida nos normativos que enformam o Título VII, Capítulo 1 do TFUE) não constam quaisquer referências aos direitos fundamentais das empresas no âmbito dos procedimentos anticoncorreciais.

O reconhecimento desses direitos e a correspondente aplicação do *ne bis in idem* àquela área do direito europeu terá que ser extraído por via interpretativa, dos princípios gerais de direito e dos dispositivos da CEDH e da CDFUE, ancorados no art. 6.º do TUE.

Após a entrada em vigor do TUE e do TFUE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa, a CDFUE passou a beneficiar de um estatuto constitucional e de força vinculativa, razão pela qual, a estrutura tipológica do modelo garantístico europeu será necessariamente, bicéfala. As fontes inspiradoras desse modelo deontico/garantístico europeu (de âmbito supranacional e aplicável em sede de direitos de defesa das empresas) são aqueles dois instrumentos de direito primário da UE: a CEDH e a CDFUE. Uma vez que, o art. 52.º, n.º3 da CDFUE e

⁴⁰ Vide, ALFAFAR, D.: O dever de colaboração e o *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* no direito sancionatório da concorrência, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, Números 11/12, julho-dezembro 2012, IDEFF, ADC, Almedina, p. 319-381. No ordenamento jurídico português o Tribunal Constitucional tem vindo a sufragar a tese da aplicação das garantias de defesa previstas nos arts. 29.º e 32.º da CRP aos processos sancionatórios por práticas anticoncorreciais, vejam-se, os AC. TC N.º 380/99, 265/01, 547/01 e 129/09.

⁴¹ No domínio da cooperação em matéria penal, já foram aprovados alguns instrumentos legislativos dedicados exclusivamente aos direitos individuais em processos penais, com fundamento no art. 82.º, n.º 2 al. b) do TFUE. Todavia, é mais duvidoso que, do ponto de vista de uma correcta hermenêutica, a base jurídica para um futuro quadro legislativo europeu, em matéria de direitos de defesa das empresas, possa resultar também desse normativo. Na verdade, estamos perante uma disposição situada no Capítulo 4 que é especificamente dedicado à cooperação judiciária em matéria penal, sendo que a mencionada alínea b) do n.º 2 do art. 82.º do TFUE refere-se expressa e literalmente aos “direitos individuais”.

o conteúdo do documento anexo elaborado pelo *Praesidium* prevêem que as normas da Carta deverão ter em conta o *case law* do TEDH, o Secretariado do Conselho Europeu, quando formulou as suas apreciações quanto à proposta de decisão quadro relativa a certos direitos processuais em processos penais dentro da UE, elencou três condições essenciais para garantir o sucesso da iniciativa:

- i. (...) seguir, sempre que possível, a letra da CEDH;
- ii. assegurar, na interpretação e aplicação dos direitos e garantias processuais, que o denominador comum introduzido pela CEDH é respeitado em quaisquer circunstâncias;
- iii. sendo a CEDH a base e não o limite, a UE pode ir para além dos seus *standards*. Todavia, *standards* mais elevados deverão ser claramente identificados, enquanto tais, quer respeitem ao sentido, quer respeitem ao alcance desses direitos (...) ⁴².

Tendo em conta a construção jurisprudencial do TEDH (no sentido da equiparação dos procedimentos administrativo-sancionatórios, em direito da concorrência, aos procedimentos penais), pelo menos de um ponto de vista material, a base legal para a consagração de direitos de defesa das empresas, ao nível supranacional, terá que atender ao acervo jurisprudencial do TEDH, a partir do art. 6.º do TUE.

No capítulo subsequente procuraremos fundamentar, de modo mais detalhado, esta posição.

⁴² Tradução da nossa autoria a partir do inglês:

“(…)

- whenever possible, follow the ECHR wording;

- ensure conformity in interpretation and application, with the ECHR as the water mark which must be respected under all circumstances;

- the ECHR being the floor, not the ceiling, the EU may go beyond its standards. However, higher standards should be clearly identified as such, as either meaning or scope.(…)” *Vide* o documento, COM (2004) 328, 28 de abril de 2004, consultado no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0328:FIN:EN:PDF>, consultado em 05.06.2013.

4.1 A fundamentação axiológica dos direitos de defesa das pessoas coletivas

O reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais às empresas (com a consequente extensão dos mecanismos de tutela jurisdicional a tais entidades) implica uma reflexão prévia sobre o fundamento axiológico e a razão de ser da aplicabilidade, aos entes coletivos dos instrumentos jurídicos (internacionais) de tutela de direitos humanos.

Na UE, a discussão em torno dos direitos processuais tem partido do *standard* definido pela CEDH. A essencialidade da ligação entre os dois sistemas normativos ficou demonstrada no Memorando de Entendimento firmado em 2007, entre o Conselho da Europa e a UE. Nesse documento é reconhecida a posição central que o Conselho da Europa assume no sistema europeu de direitos fundamentais e consagrada a possibilidade da UE ir além do “patamar mínimo” definido pela CEDH, através da aprovação de instrumentos jurídicos que digam respeito a garantias processuais, desde que, seja assegurada uma certa coerência entre a CEDH e essas iniciativas legislativas⁴³.

No domínio da CEDH tem sido defendido que existe um acervo de direitos económicos e sociais, os quais, pela sua natureza são, naturalmente, extensíveis aos entes coletivos. Aliás, do Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa consta *inter alia* que o objetivo daquela organização, da qual emanou a CEDH, foi o de facilitar o progresso económico entre os seus membros. Neste contexto, Emberland salienta que: “O compromisso com a protecção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais tem um papel central na europa liberal e os valores fundamentais do liberalismo europeu constituem uma robusta

⁴³ A este respeito, TRASCASAS, M. C : *The new EU strategy on procedural rights: One step forward or two backwards?* in Individual guarantees in the european area in criminal matters, AA.VV (Pedrazzi, M e Viarengo, I, direct.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 189.

plataforma a partir da qual se pode discutir a inclusão das empresas no âmbito da proteção oferecida pela Convenção⁴⁴”.

Emberland ilustra estas afirmações através do recurso ao direito constitucional alemão, no qual, as empresas e outros entes coletivos gozam de proteção, no contexto do catálogo dos direitos fundamentais, por via do normativo ínsito no art. 19º (3) da Grundgesetz. O fundamento desta proteção constitucional reside no princípio do estado de direito que se aplica a toda a sociedade e aos sujeitos de direito, sejam estes, pessoas individuais ou coletivas, o que permite emancipar os direitos fundamentais da tutela estrita da dignidade da pessoa humana, concedendo-lhes um estatuto mais abrangente.

Também no art. 12.º, nº da CRP de 1976 prevê-se, especificamente, a aplicação às pessoas coletivas dos direitos e deveres fundamentais que sejam compatíveis com a sua natureza⁴⁵. A interpretação e aplicação deste normativo demanda um juízo de adequação e uma análise casuística atendendo a que certos direitos podem revelar-se incompatíveis com a personalidade coletiva⁴⁶.

Por outro lado, o *case law* do TEDH reconhece às empresas o exercício do direito de queixa ao abrigo do art. 34.º da CEDH com o fundamento de que a utilização deste mecanismo assume um efeito irradiante relativamente aos direitos fundamentais, efeito esse que pode ser benéfico para outros litigantes individuais, coletivos e para a sociedade em geral.

A admissibilidade da extensão a tais entidades de um conjunto de direitos constantes do catálogo da convenção assume uma dimensão de ordem pública, com impacto no domínio da integração europeia.

Todavia, a Convenção não define o conceito de empresa, o qual, continua a ser, para este efeito, uma definição resultante do ordenamento interno de cada

⁴⁴“Commitment to the protection of human rights and fundamental freedoms has a central place in European liberalism and the fundamental values of European Liberalism are a robust platform from which to argue the inclusion of companies under Convention protection”. *Vide*, EMBERLAND, ob. cit. p. 47.

⁴⁵ *Vide*, a redacção do Decreto de 10 de Abril de 1976.

⁴⁶ Veja-se a anotação a este normativo efetuada por GOMES CANOTILHO, J.J e VITAL MOREIRA,: *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 124.

parte contratante. Consequentemente, os órgãos institucionais e jurisdicionais da convenção utilizam uma definição operativa que funciona como um construto teórico abrangente, que permite subsumir as normas da CEDH aos casos concretos e accionar os meios de tutela previstos naquele instrumento jurídico, independentemente das classificações oriundas dos ordenamentos internos ⁴⁷. Para este efeito, uma empresa compreenderá um conjunto de pessoas e recursos materiais que, sob a égide de um determinado ordenamento estadual, prossegue uma actividade económica e empresarial. Além do mais, o critério estabelecido pela CEDH (para que uma entidade possa recair no seu âmbito ou escopo de aplicação) resulta, fundamentalmente, do fato dessa entidade ter sido vítima ou destinatária de uma ação ou omissão de uma parte contratante, que violou os seus direitos e/ou os seus interesses legalmente protegidos ⁴⁸.

O critério usado pelo TEDH na definição de empresa assemelha-se ao utilizado pela Comissão Europeia e pelo TJUE, para efeitos de aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, de acordo com o qual, a empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, que exerce uma actividade económica com finalidade lucrativa de forma estável e independente. Trata-se de um entendimento de direito europeu, abrangente e independente das qualificações dos direitos nacionais ⁴⁹.

Na UE, o debate em torno das garantias processuais das empresas nos processos relativos às violações ao direito da concorrência pode e deve ser reconduzido ao debate atinente aos direitos fundamentais dessas entidades.

⁴⁷ Este artigo prevê a outorga do direito de petição a “qualquer pessoa, organismo não governamental ou grupos de indivíduos”. A consulta aos trabalhos preparatórios da CEDH parece apontar para a extensão dos direitos previstos na convenção às empresas. Em suporte desta afirmação, *vide* MASTCHER, F. “Methods of Interpretation of the Convention” in “The European System for the protection of Human Rights”, R.St. John Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds), Martinus Nijhoff Dordrecht, 1993, p. 63-66.

⁴⁸ No período compreendido entre 1998 e 2003, o TEDH proferiu cerca de 3307 decisões jurisdicionais envolvendo empresas, *vide* EMBERLAND, M, *ob cit.* p. 14.

⁴⁹ WAELBROECK, M. e FRIGNANI, A. *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Version española por Ignacio Sáenz-Cortabarría Fdez. E Marta Morales Isasi, Barcelona, Bosch, 1998, p.44.

A constitucionalização da CDFUE operada pelo Tratado de Lisboa lança uma nova luz sobre este tema dado que, o seu texto prevê um conjunto de direitos suscetíveis de aplicação às empresas.

Na CDFUE, o fundamento axiológico da tutela dos direitos fundamentais das empresas decorre, em parte, da natureza económica do projeto de integração europeia, cuja matriz se mostra condensada no texto do respetivo Preâmbulo. Ali faz-se alusão a três aspetos essenciais dessa integração: “a dignidade humana, a liberdade, igualdade e solidariedade”, “democracia e o estado de direito” e, finalmente, no § 3 alude-se à “promoção do desenvolvimento sustentado, à liberdade de pessoas e bens, serviços, capitais e liberdade de estabelecimento.”

A evolução e complexificação dos tecidos normativos alterou o paradigma dominante no que respeita à noção de “sujeito de direito”. Esta mudança de paradigma não constitui uma originalidade do século XXI, dado que, pelo menos, desde o século XIX, Bártolo e Biering vinham advogando (a propósito da responsabilidade penal das pessoas coletivas) que estas também eram detentoras de personalidade jurídica, ficcionada a partir da responsabilidade individual.

A ideia de atribuir a entes coletivos uma personalidade jurídica foi sendo mantida ao longo de todo o século XIX e XX com diferentes fundamentos, desde as teorias organicistas de Gierke inspiradas nas ciências sociais (as corporações são, tal como o indivíduo, uma unidade vital) até ao pensamento kelseniano que advoga uma conceção estritamente normativa. Kelsen, que situa esta discussão no âmbito do direito penal, sustentou que tanto a pessoa física como a pessoa coletiva eram suscetíveis de imputação jurídico-penal, dado que ambos constituíam uma unidade de direitos e deveres⁵⁰.

Abriu, nesta medida, caminho à teoria de Gunther Jakobs, para quem o sujeito normativo não se confundia com o indivíduo, uma vez que, ser sujeito implicava exercer um papel ou representar uma competência socialmente

⁵⁰ Citado e traduzido por BACIGALUP, E.: *Teorias de la pena y responsabilidade de las personas jurídicas*, in Curso de Derecho Penal Económico, segunda edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, Madrid - Barcelona, 2005, p. 52.

compreensível. Nesta medida, o autor propugnava um modelo de responsabilidade penal para as pessoas coletivas situado num novo contexto sistémico de tipo comunicativo e de inspiração luhmiana. Os sistemas sociais já não se compõem de ações individuais mas de comunicações imputáveis como ações. Em suma, o indivíduo é suplantado pelo sistema e pelas suas comunicações com o mundo circundante.

Consequentemente, fazendo as empresas parte integrante do universo normativo e comunicativo, sendo titulares de deveres e suscetíveis de responsabilidade (penal, administrativa ou civil) ser-lhes-ão reconhecidos um acervo de direitos e garantias processuais ⁵¹.

Na ordem jurídica da UE, o reconhecimento dos direitos de defesa implica uma convergência progressiva com os *standards* estabelecidos pela CEDH⁵². Esta convergência resulta de dois fatores: por um lado, a jurisprudência do TJUE tem entendido que os tribunais nacionais devem tomar em linha de conta o *case law* do TEDH e, por outro, a norma do art. 52.º, n.º3 da CDFUE (transformada num instrumento constituinte de carácter vinculativo) estatui que, na medida em que a Carta contém direitos correspondentes aos previstos na CEDH, o sentido e o alcance desses direitos é definido pela interpretação que é efetuada pelos órgãos jurisdicionais e institucionais da Convenção ⁵³.

No domínio do direito da concorrência o ponto 37 do Reg. CE n.º 1/2003 consagra que na interpretação das suas disposições serão observados os princípios e os direitos reconhecidos pela CDFUE.

⁵¹ Para Paulo Pinto de Albuquerque, de acordo com a jurisprudência do TJUE, os direitos fundamentais do visado num processo sancionatório da ordem jurídica da União Europeia são: (1) o direito a uma audiência diante da autoridade administrativa, (2) o direito à não auto-inculpação, (3) o direito à fundamentação das decisões, (4) o direito à representação legal que inclui a confidencialidade da comunicação entre advogado e cliente e, (6) o direito de acesso a um tribunal imparcial e independente, *vide*, “Comentário do RGCO à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2011, Universidade Católica Portuguesa, pp. 9-26. O autor não incluiu o *ne bis in idem* neste elenco de direitos o que, em nosso entendimento, não o exclui do conjunto dos direitos de defesa que as autoridades europeias estão obrigadas a respeitar, no âmbito de tais processos, uma vez que este constitui um princípio geral de direito da UE.

⁵² Isto, pese embora a jurisprudência do TEDH, vertida no acórdão *Bosphorus vs Ireland*, de acordo com a qual, a tutela dos direitos fundamentais na UE pode ser considerada “equivalente” à do sistema da Convenção.

⁵³ Neste sentido, *vide* WILS, P.J. W. : *The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the ECHR*, in *World Competition*, 33, n1 (2010), The Netherlands, Kluwer Internacional Law, p. 9.

Neste contexto, importa traçar as linhas gerais que enformam o *ne bis in idem*, como direito de defesa da UE, no espaço de liberdade, segurança e justiça e no domínio da concorrência, à luz do modelo deontológico de garantias de defesa, assinalando semelhanças e diferenças da sua manifestação ontológica e funcional, numa e noutra área de integração.

No capítulo seguinte, abordaremos as dimensões internacional e europeia⁵⁴ recorrendo aos principais instrumentos normativos com previsões *ne bis in idem*.

A análise da dimensão internacional far-se-à tendo em conta dois níveis de internormatividade: horizontal (que se reporta às relações entre jurisdições estaduais) e vertical (quando está em causa o modelo de relacionamento entre a jurisdição estadual e supra-estadual).

Na dimensão europeia, ou regional, a perspectiva adoptada tomará, como pontos de partida, as normas e a jurisprudência produzidas no âmbito dos sistemas do Conselho da Europa e da UE, procurando divisar um modelo garantístico regional, à luz do qual, o *ne bis in idem* possa ser explicitado e contextualizado.

Relativamente à dimensão vertical, analisaremos fundamentalmente o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e o modo como este se articula com as jurisdições nacionais.

⁵⁴ A dimensão europeia não deixa, também, num certo sentido, de constituir uma dimensão internacional mas, neste contexto, optamos por distinguir os dois termos, fazendo apelo ao conceito de “internacional” em sentido amplo e europeu, em sentido regional.

Capítulo II

1. O panorama normativo internacional em matéria de *ne bis in idem*

1.1 A dimensão internacional do *ne bis in idem*: apreciação geral

A emergência de espaços normativos transnacionais questiona e desafia as categorias tradicionais do direito, particularmente da dogmática penalista. Pensado e concebido para atuar dentro do espaço interno de cada estado soberano, por força do princípio da territorialidade, o direito penal (quer na sua vertente substantiva, quer na sua vertente adjetiva) revela antinomias, lacunas e imprecisões terminológicas quando confrontado com a necessidade de se adequar a realidades que implicam o contato com outros ordenamentos jurídicos, sejam eles de génese estadual ou supra estadual.

Este processo de pluri ou internormatividade exige um esforço de (re) concetualização dogmática e a sua adequação a novas realidades. Salienta Delmas-Marty: “Ordenar o múltiplo sem o reduzir ao idêntico, admitir o pluralismo sem renunciar a uma lei comum - a um grau partilhado de justo e de injusto pode, conseqüentemente, parecer um objetivo inatingível, um exercício que é, na prática, vão.”

“Adoptar a posição contrária, ou seja, tentar superar a contradição, em prol de uma conceção de ordenamento jurídico que não constitui nem a fusão de diversos sistemas nem a sua completa superação implica renunciar, simultaneamente, à utopia da unidade e à ilusão da autonomia ⁵⁵”.

⁵⁵ Tradução nossa do inglês: “To give order to the multiple without reducing it to the identical, to admit pluralism without renouncing a shared law- a shared degree of the just and the unjust-can consequently seem an inaccessible objective, an exercise that is practically vain.”

“To take the contrary position, to try to overcome the contradiction for the benefit of a conception of the legal order that is neither the fusion of diverse systems of law nor their complete separation, is to renounce at the very same time the utopia of unity and the illusion of autonomy”, vide DELMAS-MARTY, M.: “The Relative and the Universal - Ordered Pluralism” in http://www.college-de-france.fr/site/int_dro, acedido em 15.04.2010.

A implementação do *ne bis in idem* é um exemplo claro destas dificuldades e, conseqüentemente, quer no tocante à sua consagração no direito internacional, quer no âmbito do direito europeu, essa plena implementação constitui um projeto inacabado. Isto porque, sendo o direito penal tradicionalmente entendido como um reduto da soberania, os estados oferecem, ainda hoje, muitas resistências à cedência de parcelas dessa soberania, as quais podem ser explicadas por vários fatores.

O direito e o processo penal espelham os valores básicos de uma determinada comunidade constituindo, por isso, elementos determinantes da ordem pública estadual. Como afirma Delmas - Marty: “O direito identifica-se com o estado e cada sistema penal define e hierarquiza os seus valores exprimindo, dessa forma, a identidade cultural da nação⁵⁶”.

Para além da ligação umbilical e da continuidade axiológica existente entre o ordenamento penal e a comunidade estadual da qual emana, as diferenças legislativas entre os ordenamentos jurídicos promovem sentimentos de resistência e desconfiança que se traduzem, nomeadamente, nas recusas em abdicar do respectivo *ius puniendi* em favor de uma jurisdição estrangeira ou na criação de obstáculos ao pleno reconhecimento das decisões jurisdicionais estrangeiras no domínio do direito interno. Tais resistências dificultam a sua implementação fora dos contextos estaduais.

O *ne bis in idem* reveste uma dupla feição: por um lado, assume-se como um direito individual fundamental (vertente substantiva ou material) por outro, emerge como uma garantia de defesa do cidadão (vertente adjetiva), ancorada no modelo processual vigente num dado ordenamento. Tradicionalmente, é também entendido como uma emanção dos princípios da certeza e segurança jurídicas, que garantem a protecção ou o efeito de caso julgado das decisões judiciais.

⁵⁶ Tradução nossa do francês: “Le droit est identifié à l’État, et chaque système penal définit et hiérarchise ses valeurs, exprimant ainsi l’identité culturelle de la nation.”⁵⁶ in DELMAS-MARTY, M. *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?* in Crimes Internationaux et juridictions internationales, (sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty), Paris, PUF, 2002, p.58-77.

O reconhecimento de caráter transnacional e *erga omnes* ao *ne bis in idem* acarreta um duplo efeito, positivo e negativo, relativamente à decisão judicial estrangeira. O efeito positivo resulta do fato dessa decisão cristalizar definitivamente a solução jurídica do caso, à luz de um determinado contexto normativo e axiológico. O efeito negativo traduz-se na impossibilidade da sua (re)apreciação, pela autoridade “recetora” e na proibição de ulteriores procedimentos repressivo-sancionatórios, relativos aos mesmos fatos e ao(s) mesmo(s) agente(s)⁵⁷.

Essa aceitação da decisão jurisdicional de um outro estado traduz-se, como tal, num fenómeno de “importação” e “incorporação” de decisões e valorações alheias ao sistema jurídico interno.

Van Bockel defende que é por se situar, precisamente, no epicentro dessa soberania e por assumir uma dimensão protetiva dos direitos individuais dos cidadãos perante o poder estadual e respetivas instâncias formais de controlo (impondo-lhes limites), que se explica o estágio embrionário do *ne bis in idem* no plano normativo transnacional⁵⁸.

A doutrina iuspenalista internacional tem defendido maioritariamente que o efeito preclusivo da decisão penal circunscreve-se ao ordenamento interno⁵⁹.

Por seu turno, a internacionalização do *ne bis in idem* revela um paradoxo. De fato, apesar da inserção de cláusulas *ne bis in idem* em diversos instrumentos jurídicos de direito internacional, daí não resulta a sua efetiva aplicação no

⁵⁷ “The extent to which the res judicata in one State should be recognized and have a positive effect in another State depends on the full discretion of the legislature in that State”, SPINELLIS, D. *Global Report - The Ne Bis in Idem Principle in “Global” instruments*, in *Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law*, 73 ème année, nouvelle série, trimestres 2002, érés, p. 1149-1162.

⁵⁸ Neste sentido, VAN BOCKEL, B. : *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, ERA FORUM publicado online em 08 agosto de 2012, DOI 10.10007/S 12027-012-0267-7.

⁵⁹ AMALFITANO, C. : *Dal Ne Bis in Idem Internazionale al Ne Bis In Idem Europeo*, in *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, Anno XXXVIII, n.º4, Ottobre-Dicembre 2002, Edizioni CEDAM, Padova, p. 929.

domínio das relações inter-estaduais nem o reconhecimento da existência de uma norma de *ius cogens* ⁶⁰.

António Cassese secunda este entendimento nos seguintes moldes: “Enquanto o princípio *ne bis in idem* interno pode ser entendido como uma regra costumeira do direito internacional, o estatuto legal deste princípio no plano “internacional” ainda é controverso. Não é claro que se tenha tornado um princípio costumeiro de direito internacional. Os tribunais italianos concluíram em sentido negativo, veja-se o caso *Zennaro* ⁶¹ em que, o Tribunal Constitucional Italiano, adotou este ponto de vista em 1976” ⁶².

Na doutrina portuguesa, Pedro Caeiro afirma que “(...) o estatuto jurídico-internacional do princípio *ne bis in idem* não é consensual, sobretudo, quando no âmbito do “bis” se inclua uma dimensão “externa”, é dizer, quando se pretenda assinalar-lhe uma eficácia internacional ou inter-jurisdicional ⁶³”.

Contudo, o *deficit* de operacionalidade e a sua fraca implantação no plano internacional, são insustentáveis do ponto de vista da otimização dos direitos e garantias fundamentais à escala universal. Esta insustentabilidade advém, por um lado, das dinâmicas sociológicas da criminalidade transfronteiriça que têm

⁶⁰ “An international rule barring or limiting the prosecution in a certain State of a person for an offence for which he has been already convicted or acquitted in another State is not yet recognized or accepted in the legislation of most States” vide SPINELLIS, D. Global Report - *The Ne Bis In Idem principle in “global instruments”*, ob.cit, p. 1149.

⁶¹ Tratou-se de um caso de um cidadão italiano, *Giorgio Zennaro*, julgado em Copenhaga pela prática de um crime de roubo e do qual foi absolvido, por sentença definitiva, proferida em 22 de maio de 1969. Posteriormente, o mesmo cidadão veio a ser alvo de um novo procedimento penal, relativo aos mesmos factos, por iniciativa do Ministro da Justiça Italiano. O Tribunal de Veneza entendeu que, este procedimento penal violava o art. 10.º, n.º1 da Constituição Italiana e os princípios do processo justo, bem como o art. 14.º, § 7 do PIDCP e o art. 53.º da Convenção Europeia sobre o Valor dos Julgamentos Penais. No entanto, por Sentença N.º 69 do Tribunal Constitucional Italiano, proferida em 08 de abril de 1976, aquele tribunal considerou que o normativo invocado – o art. 14.º, § 7 do PIDCP não se aplicava ao *ne bis in idem* internacional. Vide, sentença publicada na Italian Yearbook of International Law, 1975-1987, Oceana Publications, digitalizada pela Universidade da Califórnia, 04 de junho de 2008.

⁶² Tradução nossa do inglês: “While the internal *ne bis in idem* principle may be held to be prescribed by a customary rule of international law, the legal status of the “internacional” equivalent principle is still controversial. It is not clear whether this principle has turned into customary international law. Italian courts have held the view that it has not (see, for instance, the *Zennaro* case (at. 301-2), where the Italian Constitutional Court took this view.” in CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2003.

⁶³ CAEIRO, P.: *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português*, in O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa, AA.VV. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.83.

conduzido à aprovação de acordos e tratados bilaterais e multilaterais nas matérias da cooperação judiciária e, por outro, da necessidade de encontrar cânones hermenêuticos coerentes e seguros que permitam uma interpretação congruente dos diversos normativos que contém previsões nesta matéria, de forma a garantir uma interpretação uniforme dos elementos (*bis* e *idem*) que compõem o princípio.

Acresce ainda que a emergência e a progressiva consolidação do direito penal internacional (fruto da criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional) reclama uma ética universalista em matéria de direitos de defesa e de *ne bis in idem*.

Neste contexto, uma corrente (minoritária) no panorama doutrinário internacional tem vindo a sufragar a tese da universalização do *ne bis in idem* enquanto princípio de direito natural e exigência de justiça material⁶⁴. O fenómeno da progressiva consolidação do direito penal internacional tem confrontado os juízes das jurisdições nacionais e dos tribunais internacionais com inúmeras questões atinentes ao *ne bis in idem*, nomeadamente quanto ao conteúdo dos seus elementos enformadores, às condições e aos limites da sua aplicação: “A dificuldade é acrescida pelas numerosas imprecisões e lacunas do direito positivo e do costume internacional, favorecendo a subjetividade do juiz e potenciando o conflito entre juízes de diferentes tradições”⁶⁵.

Importa, por isso, superar o relativismo normativo que caracteriza a ordem jurídica internacional e o dogma da soberania estadual, propugnando pela construção de uma ética-normativa capaz de sustentar soluções jurídicas abrangentes e de matriz universal que espelhem os “valores comuns da humanidade”.

Nos capítulos subsequentes, procuraremos demonstrar de que forma se poderá sustentar o *ne bis in idem* internacional

⁶⁴ Vide, em suporte desta posição, BOUZAT, : *Les effets internationaux de la sentence pénale* in Rev. Int. Dr. Pénal, 1963, p. 92 ss,spec. 99, citado por AMALFITANO; C. ob. cit. p. 929.

⁶⁵ Tradução nossa do francês: “La difficulté est accrue par de nombreuses imprécisions, ou même lacunes, dans le droit international écrit, ou dans la coutume internationale, au risque de favoriser la subjectivité du juge, voire le conflit entre juges de traditions différentes”.

2. Internormatividade e “geometria variável” do *ne bis in idem* internacional

A implementação do *ne bis in idem* na esfera internacional pressupõe uma distinção prévia entre dois níveis de internormatividade: a horizontal (que diz respeito ao relacionamento entre dois ou mais estados soberanos) e a vertical (que concerne ao modelo de relacionamento entre as instituições supranacionais, ou seja, entre os tribunais penais internacionais *ad hoc*, o TPI e os tribunais nacionais)⁶⁶.

Um amplo entendimento dos contornos e âmbito de aplicação do *ne bis in idem* internacional pressupõe a distinção entre dois tipos de instrumento jurídico: os tratados relativos aos direitos fundamentais e os acordos e convenções relativos à cooperação judiciária internacional designadamente, no contexto da extradição e do auxílio mútuos em matéria penal.

As previsões *ne bis in idem* ínsitas nos instrumentos jurídicos de direito internacional assumem um carácter fragmentário e pouco uniforme⁶⁷. No que concerne aos tratados relativos a direitos humanos (como é o caso do PIDCP) a maioria da doutrina tem entendido que as normas *ne bis in idem* neles contidas não se reportam à dimensão inter-estadual e, no tocante aos instrumentos de cooperação judiciária e auxílio mútuos, o *ne bis in idem* apenas opera, *inter partes*, ou seja, quando haja uma solicitação concreta de uma parte contratante a outra, não revestindo eficácia *erga omnes*.

Marc Henzelin assinala que nas convenções de direito material internacional não se vislumbra uma consagração expressa e inequívoca do *ne bis in idem*, mas normas que visam prevenir conflitos de jurisdições e que apelam à

⁶⁶ Seguimos, aqui, a distinção efectuada por SPINELLIS, D, ob. cit. p.1150 e ss. A propósito do conceito de “relações horizontais” e “relações verticais” vide também Cassese, A.: *The Statue of the International Criminal Court: some preliminary reflections*, EJIL, 10, 1, 1999, Oxford Publications p. 164.

⁶⁷ Encontram-se referências àquele princípio na Convenção Internacional de 1923 relativa à repressão da circulação de publicações obscenas, na Convenção de 1961 das Nações Unidas sobre Estupefacientes, na Convenção das Nações Unidas de 2003 contra a corrupção dos agentes públicos nas transacções comerciais internacionais, bem como na Convenção Europeia de 2001, relativa à cibercriminalidade.

concertação de esforços entre as autoridades nacionais de cada parte contratante com vista a evitar a duplicação ou multiplicação de procedimentos. Consequentemente, daí não se poderá inferir que o mencionado princípio revista, nesta sede e em tais instrumentos, um caráter de direito fundamental de vocação universal, assumindo-se antes como um princípio de geometria variável ⁶⁸.

A aplicação do princípio fora do âmbito estadual depende, quase exclusivamente, de um ato de vontade político-legislativa materializado na assinatura e ratificação das convenções bilaterais ou multilaterais e dos tratados internacionais e das disposições normativas do direito interno. Acresce ainda que a consagração do *ne bis in idem* em instrumentos jurídicos de cooperação penal internacional é, em regra, apenas vinculativa *inter partes*, não sendo oponível a terceiros estados. Como tal, ainda que a cooperação judiciária entre dois ou mais estados (vinculados por uma convenção ou acordo) venha a ser recusada com base naquele princípio, isso não constitui obstáculo a que a mesma pessoa venha posteriormente, a ser julgada pelos mesmos fatos, num outro procedimento que decorra numa terceira jurisdição ⁶⁹.

A geometria variável do *ne bis in idem* internacional resulta ainda da diversidade de soluções existentes em cada ordenamento jurídico (seja a nível constitucional ou infra constitucional), o qual pode ou não conter previsões específicas neste domínio e, caso as prevejam, conferirem maior ou menor amplitude à sua aplicação.

Mario Pisani salienta, relativamente ao ordenamento italiano, que naquele país o princípio nunca teve consagração constitucional, sendo considerado um “reflexo subjetivo” de uma regra geral de jurisdição. A jurisprudência do tribunal constitucional italiano, chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do art. 11.º do Código Penal Italiano, tem reafirmado a inexistência de um princípio geral de direito internacional em matéria *ne bis in idem*, salientando ainda a

⁶⁸ HENZELIN, M., ob. cit.p.351.

⁶⁹ Vide, neste sentido, VAN DEN WYNGAERT, C, e ONGENA,T.: *Ne Bis In Idem Principle, including the Issue of Amnesty*, in *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, (ed. Cassese, A., Gaeta, P. Jones, J.W.D), 2002, Oxford, p. 704-729.

prevalência na generalidade das legislações estaduais do princípio da territorialidade⁷⁰.

Em contrapartida, na Holanda, a norma que prevê o *ne bis in idem* transnacional (ou, na fórmulação de André Klip, o efeito *res judicata* das sentenças estrangeiras) encontra-se prevista no art. 68.º, § 2 e 3 do Código Penal, o qual, apesar de não revestir uma dimensão constitucional tem uma formulação bastante ampla⁷¹. De acordo com este autor, as previsões daquele normativo vão para além das disposições ínsitas na Convenção Europeia sobre a Validade dos Julgamentos Penais e na Convenção Europeia sobre a Transferência de Procedimentos em Matéria Penal uma vez que não excecionam a aplicação do *ne bis in idem*, mesmo quando estão em causa o princípio da territorialidade, interesses vitais do estado ou crimes cometidos por funcionários.

André Klip refere ainda que, sendo a Holanda parte contratante em diversos instrumentos jurídicos de direito internacional se estes oferecerem maior protecção do que os mecanismos do direito interno os primeiros prevalecerão sobre os segundos, ao abrigo dos artigos 93.º e 94.º da Constituição Holandesa⁷².

O ordenamento jurídico português consagra constitucionalmente o princípio *ne bis in idem* no art. 29.º, n.º5 da CRP, estabelecendo que: “5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Contudo, a redacção desta norma não distingue entre o *ne bis in idem* interno e internacional. Por outro lado, nem o Código do Processo Penal nem o Código Penal Português contêm previsões específicas neste domínio, resultando apenas do art. 82.º do CP⁷³ a consagração do princípio do desconto que prevê a dedução, na medida da pena nacional, da pena aplicada ao mesmo agente, pela prática dos mesmos factos numa jurisdição estrangeira.

⁷⁰ Reportamo-nos às decisões de 18 de abril de 1967 in *Giur.cost.*, 1967, I, p.299 e ss, 8 de abril de 1976, n.69, ibidem, 1976, p. 432), referida por AMALFITANO, C, ob.cit. p. 932.

⁷¹ Vide, KLIP, A e VAN DER WILT, H. : *The Netherlands - Non Bis In Idem*, in *Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law*, 73 ème année, nouvelle série, trimestres 2002, érés, p. 1091-1137.

⁷² KLIP, A e VAN DER WILT, ob. cit. p. 1101.

⁷³ Na redacção introduzida pela Lei nº 60/2013 de 23/08: “É descontada, nos termos dos artigos anteriores, qualquer medida processual ou pena que o agente tenha sofrido, pelo mesmo ou mesmos factos no estrangeiro”.

Numa primeira análise, a ordem jurídica portuguesa (ao contrário do que sucede no sistema jurídico holandês) não contém previsões específicas em matéria de *ne bis in idem* internacional. Afigura-se-nos, no entanto, que a vinculação das autoridades portuguesas à observância do *ne bis in idem* internacional pode ser extraída, por via interpretativa, dos arts. 7.º e 8.º da CRP.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o n.º 1 do art. 7.º da CRP acolhe, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, os direitos do homem, ou seja, os direitos dotados de pretensão universal e de dimensão fundadora das comunidades humanas. Para os autores, estes formam um sistema normativo transpositivo jurídico-constitucionalmente relevante, não só para a interpretação do catálogo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição ou inseridos no TUE, mas também para servirem de limite a quaisquer leis positivas violadoras dos postulados fundamentais de justiça inerentes aos direitos do homem ⁷⁴.

Sendo o art. 8.º da CRP a cláusula recetora do direito internacional público e do direito da UE, na ordem interna, a norma do seu n.º 1 estabelece um regime de receção automática das normas e dos princípios de direito internacional geral e o n.º 2 um regime de receção automática, mas condicionada, das normas do direito internacional convencional ou seja, dos acordos e dos tratados que vinculam Portugal ⁷⁵.

Tendo por base estes normativos, podemos entender que a ordem jurídica nacional aceita a vigência, no plano interno, de normas internacionais com previsões *ne bis in idem*, desde que tais normas constituam *ius cogens*, princípios gerais de direito internacional ou façam parte integrante de instrumentos pactícios, ratificados pelo Estado português e vigorem na nossa ordem interna.

Dado que, o entendimento maioritário da doutrina aponta para a inexistência de um *ne bis in idem* enquanto *ius cogens* ou princípio geral do

⁷⁴ GOMES CANOTILHO, JJ. e VITAL MOREIRA: *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 240.

⁷⁵ GOMES CANOTILHO, JJ. E VITAL MOREIRA, ob.cit. p. 254 e 255.

direito internacional, a sua vigência na ordem jurídica portuguesa dependerá sempre da mediação de um instrumento jurídico convencional ⁷⁶.

Assim, o verdadeiro desafio que se coloca no tocante às questões dos direitos fundamentais (na sua vertente processual e garantística) e ao *ne bis in idem*, em particular, é a da sua transposição da ordem jurídica estadual para a ordem jurídica internacional, permitindo outorgar aos indivíduos uma verdadeira tutela dos seus direitos de defesa e uma protecção contra o duplo julgamento e sancionamento relativamente aos mesmos factos, superando a diversidade de soluções jurídicas presentes em cada ordenamento.

No plano internacional, constata-se uma nítida clivagem entre, por um lado, as dinâmicas sociológicas da globalização da criminalidade e da mobilidade das pessoas entre países (fenómeno que tem impulsionado a cooperação judiciária e policial internacional) e, por outro, a capacidade de resposta do direito relativamente à tutela dos direitos fundamentais desses cidadãos. Na verdade, apesar da diluição de fronteiras e do alargamento do espaço físico-territorial do delito, o paradigma da soberania estadual parece sobrepor-se, ainda hoje, a uma tutela alargada ou universalista dos direitos fundamentais ⁷⁷.

Nos últimos anos, tem-se assistido a um aumento da criminalidade organizada e à multiplicação dos seus efeitos, em diversos países com distintos ordenamentos e culturas jurídicas diferenciadas. Nessa medida, muitos estados procuraram responder a esse fenómeno através da extensão da sua competência

⁷⁶ No sentido da inexistência do *ne bis in idem* internacional enquanto *ius cogens*, AMALFITANO, C., ob. cit. p. 929: “la dottrina prevalente ritiene inesistente un limite consuetudinario all’esercizio della giurisdizione penale nazionale rappresentato del *ne bis in idem*”. O reconhecimento do *ne bis in idem* enquanto *ius cogens* parece circunscrever-se apenas à sua vertente interna, vide STIGEN, J.: *The relationship between the International Criminal Court and National jurisdictions – the principle of complementarity*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 207.

⁷⁷ Para NEIL WALKER, o momento atual constitui um desenvolvimento pós-Westfaliano do modelo de estadualidade caracterizado pela globalização e pelo constitucionalismo plural que desafiam o conceito tradicional de soberania. Contudo, o autor, apesar de reconhecer a crise do modelo de estadualidade, rejeita o esvaziamento do conceito de soberania como fonte legitimadora do discurso normativo: “Sovereignty, in the final analysis, is about a plausible and reasonably effective claim to ultimate authority, or in perspective theory a representation of authority made on behalf of a society which is (more or less successfully) constitutive of that society as a political society, or as a polity.” Vide, *Late Sovereignty in the European Union*, in AA.VV (Walker, N. Ed.) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 3-32.

penal, mediante a criação de normas de competência penal extra-territorial, ou ampliando o âmbito de aplicação das normas sobre competência territorial.

Todavia, a doutrina maioritária, no campo do direito internacional, tem sido (quase) unânime no que concerne à limitação do *ne bis in idem* ao direito interno, ainda que, em detrimento de uma visão mais protecionista dos direitos fundamentais. Isto, apesar da Resolução B.4 da Secção IV, aprovada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal (1999), haver alertado para a necessidade do *ne bis in idem*, enquanto direito humano, dever ser também aplicável ao plano internacional e transnacional ⁷⁸.

Um dos argumentos avançados para minimizar ou restringir a aplicação do *ne bis in idem* na esfera internacional prende-se com o receio de que alguns indivíduos que cometeram crimes graves, escapem à ação da justiça quando tenham sido alvo de procedimentos criminais em jurisdições “mais permissivas” (beneficiando, assim, de um efeito *ne bis in idem* das decisões ali proferidas). Defende Van Bockel ⁷⁹ : “Em primeiro lugar, não existe uma protecção internacional em termos de *ne bis in idem* e, em segundo lugar, as poucas convenções internacionais que abordam o problema introduzem excepções quando o exercício da jurisdição estadual que persegue uma segunda vez é baseado no princípio da territorialidade. Isto representa um grave retrocesso na protecção internacional dos direitos. O interesse legítimo dos estados em alargar o alcance da sua legislação penal, no combate ao crime organizado, deveria ser sopesado com o igualmente legítimo direito dos indivíduos em não serem alvo de duplos sancionamentos relativamente à mesma conduta”.

Esta fraca (ou inexistente) implementação do *ne bis in idem* na esfera internacional permite-nos ainda uma outra leitura acerca do estado de evolução

⁷⁸ SPINELLIS, D. ob. cit. p. 1186.

⁷⁹ Tradução nossa do inglês: “First, there is no international *ne bis in idem* protection, and second, the few international conventions that deal with the problem make an exception where the jurisdiction of the state which prosecutes a second time is based on the territoriality principle. This is a serious short-coming in international rights protection. The legitimate interest of states to expand the reach of their laws in the fight against organized crime should be balanced with an equally legitimate interest of individuals not to be punished twice or more for the same conduct”, vide VAN BOCKEL: *The ne bis in idem principle in EU Law*, ob. cit., p. 38.

dos direitos fundamentais e garantias de defesa na ordem jurídica internacional: a de que a fundamentação axiológica do princípio na dignidade da pessoa humana (enquanto conquista do movimento das luzes e de uma visão humanista do direito penal) não logrou sustentar *per se* a sua universalização enquanto garantia processual e direito de defesa ⁸⁰.

No que toca ao possível contributo da jurisprudência e da filosofia do direito na internacionalização do *ne bis in idem*, Neil MacCormick afirma: “O que importa à jurisprudência e à filosofia do direito, no momento atual, é estarem alerta relativamente a visões estreitas e focadas unicamente no estado e na comunidade e baseadas numa perspectiva monocular destes temas. A dificuldade da teoria da soberania estadual é que parece apontar inevitavelmente nessa direção (...)”⁸¹.

Outro dos obstáculos ao reconhecimento e à aplicação prática daquele princípio resulta da ausência de harmonização dos mecanismos processuais e substantivos inter-estaduais, que permitam operacionalizá-lo nas suas múltiplas dimensões. As diferenças estruturais entre sistemas jurídicos e a persistência do dogma da soberania estadual constituem-se como obstáculos a essa efetiva aplicação ⁸².

Apesar da importância que a jurisprudência tem (ou poderá vir a ter) neste âmbito, afigura-se-nos que uma efetiva transposição do *ne bis in idem* para a esfera internacional carece de algum grau de convergência normativa entre as legislações processuais, por duas ordens de razões:

⁸⁰ Pese embora a doutrina que se debruça sobre os direitos humanos, no plano internacional, defenda uma progressiva universalização desses direitos enquanto “linguagem comum da humanidade”. Neste sentido, entre outros, BOUTROS-GHALI, B “Introduction”, *Les Nations Unies et les droits de l’homme 1945-1995*, Nations Unies, New York, 1995, pp.28 e 133, DUPUY, R.J *Réflexions sur l’universalité des droits de l’homme* in Amicorum Liber Héctor Gros Hespell, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 280.

⁸¹ Tradução nossa do inglês: “One thing which is necessary for jurisprudence or the philosophy of law to do in the present state of affairs is to guard against taking a narrow one-stated or Community-only perspective, a monocular view of these things. The difficulty about sovereignty theory is that it seems to point inevitably in that direction.” in MACCORMICK, N.: *Beyond the sovereign state*, The Modern Law Review, 1993, 56, p. 1-19.

⁸² No plano da UE, o princípio que alavancou o efeito *ne bis in idem* à escala regional, foi o do reconhecimento mútuo (das decisões judiciais estrangeiras), introduzido nas questões da cooperação judiciária, em matéria penal, no âmbito do Conselho Europeu de Tampere.

i. em primeiro lugar, a intervenção do legislador legitima as decisões judiciais, garantindo a manutenção da separação de poderes e assegurando que estas resultam das opções democráticas dos membros de uma comunidade política constituindo um exercício de soberania estadual;

ii. em segundo lugar, um certo grau de convergência legislativa contribui para atenuar o sentimento de desconfiança entre os atores institucionais, facilitando o diálogo entre eles e estabelecendo linhas de comunicação entre ordenamentos.

Analisaremos, subsequentemente, quais os mecanismos de suporte a essa implementação e em que condições tal poderá ser exequível.

3. As condições de aplicação do *ne bis in idem* na esfera internacional: a proposta do XVII Congresso Internacional de Direito Penal

3.1 Pressupostos substantivos e processuais do *ne bis in idem* em contextos de internormatividade horizontal

Identificadas as principais dificuldades na transposição do *ne bis in idem* da jurisdição estadual para a esfera internacional importa agora avaliar quais as condições em que poderá vir a ser plenamente aplicado de molde a satisfazer a sua vocação de direito fundamental de carácter universal.

Os participantes do XVII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal⁸³ elaboraram um conjunto de princípios - regra substantivas e processuais, nas quais basearam a criação do seu modelo de internacionalização e aplicação transfronteiriça do *ne bis in idem*.

No que concerne aos pressupostos substantivos, a proposta definiu em termos amplos o alcance daquele princípio de molde a comportar, não apenas a proibição do duplo sancionamento mas, sobretudo, a preclusão de uma nova ação

⁸³ Congresso que decorreu em Berlim em junho de 2003.

sancionatória respeitante aos mesmos factos e ao mesmo agente. A atuação do *ne bis in idem* não se limita à ação penal mas abrange todo o tipo de procedimento e sanções de carácter repressivo, designadamente as de âmbito administrativo ⁸⁴.

No tocante ao conteúdo dos elementos *bis* e *idem* que o compõem defendeu-se a opção por um *idem* histórico ou naturalístico, em detrimento de um *idem* normativo, atentas as diferentes qualificações legais dos fatos em cada ordem jurídica e que dificultam o reconhecimento e a validade das sentenças penais estrangeiras. A proposta recomenda ainda que quando esteja em causa o concurso ideal de infracções, a acusação deduzida deve compreender todas essas qualificações a fim de assegurar que, o julgamento efetuado esgote a ação penal relativamente à conduta do acusado ⁸⁵.

No tocante ao elemento *bis*, este deverá abarcar, em regra, todas as decisões proferidas por tribunais penais sejam elas condenatórias ou absolutórias bem como os acordos extrajudiciais e as decisões administrativas que coloquem definitivamente termo ao processo, impedindo um segundo procedimento.

Assim sendo, a definitividade da decisão proferida no primeiro procedimento afere-se em função do efeito caso julgado, ou seja, aquela apenas produzirá efeitos *ne bis in idem* quando se hajam esgotado todas as vias internas de recurso ordinário. Nesta medida, a reabertura de um procedimento apenas seria possível em circunstâncias extraordinárias especificamente previstas na lei e em favor do acusado ⁸⁶.

⁸⁴ Embora respeitante ao *ne bis in idem* interno a generalidade da doutrina portuguesa vai ao encontro desta posição. Nesta medida, vide, SALINAS, H.: *Os limites objetivos do caso julgado-dissertação de doutoramento, inédita*, orientada por Germano Marques da Silva, fevereiro de 2012, na qual, o autor defende que aquele princípio: “(...) tem em vista impedir a submissão a um novo processo que tenha o mesmo objeto de um processo anterior. Está assim em causa a proibição de renovação de um mesmo objeto processual, pelo que se compreende que, os seus limites objetivos sejam correspondentes ao âmbito daquele objeto”. Para uma visão panorâmica da doutrina nacional sobre este tema vide, entre outros, FAZENDA, M.: *Os Poderes de Convolação em Processo Penal*, 1986, p. 13, TENREIRO, M.: *Considerações sobre o objeto do processo penal*, 1987, pp. 1007-1008, ISASCA, F.: *Alteração Substancial de Factos*, 1995, p. 220-221, BELEZA, T. e COSTA PINTO, F.: *Objeto do processo, Liberdade de Qualificação e Caso Julgado*, 2001, p. 22, FIGUEIREDO, D.: *Extradição e Ne Bis In Idem*, 1995, p. 219.

⁸⁵ Sobre a unidade e a pluralidade de crimes e o seu impacto na conformação do objeto do processo vide, na doutrina nacional, SALINAS, H. ob. cit. p. 292 e os autores ali referenciados.

⁸⁶ Vide, Sección IV, *Competencias Penales Nacionales e Internacionales concurrentes y el principio “Ne Bis In Idem”*- Proyecto de Resolucion, in *International Review of Penal Law* (vol. 73), p. 1185 e ss.

Aquele estudo sugere ainda a eliminação da condição de execução da sanção como pressuposto da aplicação do princípio se a sanção puder vir a ser cumprida no segundo estado e, ainda nos casos em que o condenado não possa ser responsabilizado pela não execução da primeira decisão.

De um ponto de vista processual, com vista à efetiva implementação do *ne bis in idem* internacional, propôs-se a adopção de medidas legislativas internacionais, com vista a regular e a prevenir o conflito de jurisdições. Essas medidas visam a alocação da competência de investigação à autoridade estadual que garanta uma “melhor administração da justiça” no caso concreto, tendo em conta os seguintes critérios:

- i. o território em que hajam ocorrido os fatos;
- ii. a nacionalidade ou a residência da vítima ou do infrator;
- iii. o local em que haja ocorrido a detenção do infrator;

Propôs-se também o reconhecimento nos instrumentos normativos relativos à extradição do *ne bis in idem* como direito humano fundamental e a introdução de normas que habilitem a autoridade competente a suspender o procedimento ou a limitar a sua reabertura quando estas hajam sido informadas de que, aquele agente, já foi julgado pelos mesmos factos numa outra jurisdição, minimizando possíveis violações daquele princípio ⁸⁷.

Não obstante, apesar da importância das recomendações dirigidas à comunidade internacional a sua exequibilidade dependerá, fundamentalmente da vontade política dos estados, materializada em iniciativas legislativas e na ratificação de acordos internacionais que possibilitem a sua entrada em vigor nas respetivas ordens jurídicas uma vez que, tais recomendações não revestem carácter vinculativo.

Ao contrário do que tem vindo a acontecer na UE, as dificuldades da implementação do *ne bis in idem* na ordem jurídica internacional advém, em grande parte, da ausência de um projecto comum de integração normativa e axiológica. A inexistência de um espaço geográfico-normativo único (semelhante

⁸⁷ Vide, ob. cit. p. 1189.

ao ELSJ), no qual as decisões judiciais possam circular livremente ao abrigo do princípio do reconhecimento mútuo e sem que a sua exequibilidade esteja dependente da mediação do sistema recetor, bem como a ausência de medidas de convergência e harmonização legislativa, contribuem para a manutenção das diferenças entre os sistemas jurídicos dos diversos estados, fomentando a desconfiança recíproca ⁸⁸.

Outra das razões que explica as dificuldades de aplicação do *ne bis in idem* nesta dimensão, é o fato dos instrumentos jurídicos internacionais serem interpretados casuística e livremente pelas instâncias nacionais, sem que um tribunal defina os critérios de interpretação desses instrumentos de molde a conduzir a uma axiologia uniformizadora, tal como acontece, na ordem jurídica da EU, com o TJUE e, no sistema do Conselho da Europa, com o TEDH ⁸⁹.

A abolição do *exequatur* e a implementação de um programa de harmonização legislativa tornou único o caso da UE, cujas características favoreceram a transnacionalização do *ne bis in idem* e não encontram paralelo em nenhum outro sistema. A dupla via do reconhecimento mútuo e da paulatina convergência normativa que a UE tem vindo a trilhar desde o Conselho Europeu de Tampere (e que permitiu como no caso do MDE, abolir o princípio da dupla incriminação como condição da cooperação em matéria penal), abriu caminho ao estabelecimento de uma progressiva confiança recíproca, facilitando a cooperação entre as diferentes autoridades nacionais. Como atesta Anne Weyembergh: “A confiança entre autoridades responsáveis dos EM e práticos da justiça é indispensável, qualquer que seja a natureza dos mecanismos de cooperação. É indispensável para os mecanismos tradicionais. E é-o ainda mais para os que relevam do reconhecimento mútuo ⁹⁰”.

⁸⁸ Sobre o papel da harmonização legislativa como condição da integração europeia e da criação do espaço penal europeu, veja-se, WEYEMBERG, A.: *L'Harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, IEE, 2004.

⁸⁹ Esta axiologia interpretativa tendencialmente uniformizadora resultou, em boa parte, dos princípios do primado do direito europeu e do efeito directo desenvolvidos pela jurisprudência europeia.

⁹⁰ Tradução nossa do francês: “La confiance entre autorités responsables des États membres et praticiens de la justice est indispensable quelle que soit la nature des mécanismes de coopération envisagés. Elle est

Mais adiante, analisar-se-à a forma como ao nível regional foi possível transpor o *ne bis in idem* da esfera nacional para a esfera transnacional e se aquele modelo pode ou não (e em que condições) ser alargado a dimensões territoriais que transcendam a geografia da UE.

No capítulo subsequente, analisaremos os casos em que ocorreu a internacionalização do *ne bis in idem* no contexto da relação entre os tribunais nacionais e o Tribunal Penal Internacional.

4. Internormatividade vertical: o *ne bis in idem* no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

No direito penal internacional encontram-se alusões ao *ne bis in idem* na Carta de Nuremberga⁹¹, nos Estatutos de cada um dos Tribunais Internacionais *ad hoc* criados para julgar os crimes cometidos no Ruanda e na Jugoslávia, bem como nos art. 20.º e 89.º, n.º 2 do ETPI.⁹²

O art. 20.º do ETPI consagra o *ne bis in idem* como pressuposto negativo da jurisdição do Tribunal e o art. 89.º, n.º 2 como um dos fundamentos de oposição dos visados ao pedido de entrega, efetuado pelo TPI, perante os tribunais nacionais⁹³.

A Carta de Nuremberga (que instituiu o Tribunal Militar de Nuremberga) e os Estatutos dos Tribunais Internacionais Penais para a Jugoslávia e o Ruanda foram concebidos para enquadrar juridicamente o funcionamento daqueles tribunais, delimitar as suas competências jurisdicionais relativamente a uma determinada categoria de crimes que, pela sua especial gravidade, justificavam a

pour les mécanismes traditionnels. Elle l'est plus encore pour ceux relevant de la reconnaissance mutuelle." in WEYEMBERGH, A. ob. cit. p.144.

⁹¹ A Carta do Tribunal Internacional Militar de 1945 hoje, com mero valor histórico, incluía uma previsão (art. 11º) dedicada ao *ne bis in idem* vertical.

⁹² O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura dos Estados em Roma, em 17 de julho de 1998, foi objeto de ratificação, pelo Estado Português, através da Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, em 20 de dezembro de 2001 e publicado no Diário da República n.º 15, Série I-A de 18 de janeiro de 2002.

⁹³ CAEIRO, P.: *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português*, ob. cit. p.83 e 84.

intervenção de instâncias supra-nacionais, num específico contexto geográfico e histórico-cronológico. O exercício do poder jurisdicional daqueles tribunais esgotava o das instâncias judiciais nacionais, impedindo-as de perseguir penalmente os indivíduos já julgados por aqueles tribunais, relativamente aos crimes previstos nos respetivos estatutos, produzindo tais decisões um efeito *ne bis in idem* descendente.

A Carta de Nuremberga previu, no artigo 6.º, o tipo de crimes relativamente aos quais o tribunal detinha jurisdição exclusiva (crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade). Nos artigos 10.º e 11.º ficaram definidos o modelo de relacionamento entre aquele tribunal militar e os órgãos judiciais nacionais, estabelecendo-se no art. 10.º um efeito *ne bis in idem* descendente, ou seja, as pessoas já julgadas pelo tribunal militar, por associação ou participação em organização criminosa, não poderiam voltar a ser julgadas pelas instâncias nacionais por aquele delito. Vislumbra-se, neste preceito um efeito protetivo *ne bis in idem* mas de alcance mitigado. Para além disso, a Carta de Nuremberga omitia qualquer referência ao *ne bis in idem* ascendente, ou seja, não incluiu qualquer proibição quanto a uma segunda condenação, naquele tribunal penal militar, quando o mesmo indivíduo já tivesse sido julgado no tribunal nacional ⁹⁴.

Contrariamente ao verificado na Carta de Nuremberga, nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e Ruanda, criados sob a égide das Nações Unidas, encontram-se previsões mais completas e detalhadas em matéria de *ne bis in idem*, bem como outros normativos que visam assegurar, neste contexto, a operacionalização das “garantias do julgamento justo” e que foram decalcados do PIDCP ⁹⁵.

Em qualquer um dos dois estatutos dos tribunais *ad hoc* encontram-se referências expressas ao princípio *ne bis in idem*, que surge consagrado numa

⁹⁴ Neste sentido, VAN DEN WYNGAERT, C e OGENA, T, ob. cit. p. 718.

⁹⁵ Referimo-nos aos artigos 10.º e 21.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex- Jugoslávia e ao art. 20º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda que traduzem quase “ipsis verbis” o conteúdo dos arts. 9.º e 14.º do PIDCP.

dupla vertente: ascendente e descendente. O art. 10.º, n.º1 do Estatuto do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia, coloca os indivíduos que foram julgados por aquele tribunal ao abrigo de novos procedimentos penais (noutras instâncias, designadamente, a nacional), relativos aos mesmos crimes, através do efeito *ne bis in idem* descendente. Já o n.º 2 estipula, por seu turno, que as pessoas condenadas, num tribunal nacional pela prática de violações ao direito internacional humanitário apenas poderão vir a ser novamente objeto de ação penal junto daquele Tribunal *ad hoc* em duas circunstâncias:

- i. Se o ato em causa for considerado um crime comum;
- ii. Se o processo na jurisdição nacional não foi conduzido de forma imparcial ou independente ou se teve por objetivo acionar a protecção *ne bis in idem*, colocando o visado ao abrigo de uma ulterior condenação pela jurisdição internacional (os quais, na linguagem anglo-saxónica, são apelidados de *sham trials*)⁹⁶.

Porém, neste capítulo analisar-se-á somente, de uma forma mais detalhada, o ETPI, pela particular relevância que o estabelecimento desta jurisdição assumiu no contexto do direito penal internacional (uma vez que, se trata de uma estrutura permanente, concebida para julgar os crimes mais graves que atentem contra a dignidade dos povos e da pessoa humana) e pela relevância que as normas dos seus arts. 17.º, 20.º e 89.º, n.º 2, revestem no tocante à implementação do *ne bis in idem* internacional.

⁹⁶ Seguimos a explanação de VAN DEN WYNGAERT, C, e OGENA, T, ob.cit. p. 719.

Vide, 000000

sobre o mesmo tema, FINLEY, L, *Does the International Criminal Court Protect against the double jeopardy?: an analysis of Article 20 of the Rome Statute.*, Disponível no sítio, <http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume%2015.2/Finlay%20PDF.pdf>, acedido em 21.05.2013.

5. *Ne bis in idem*, complementaridade e jurisdição universal

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma⁹⁷ que lhe atribuiu jurisdição para julgar crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra, ou seja, os denominados crimes internacionais⁹⁸.

A aprovação do Estatuto de Roma traduziu-se na assunção e reconhecimento voluntários, por parte dos estados que o ratificaram, da competência daquele órgão jurisdicional para investigar, perseguir e julgar tais delitos. A par da competência do TPI para julgar crimes graves, foram incluídas, no respetivo estatuto, previsões *ne bis in idem*, de molde a garantir elevados níveis de protecção aos suspeitos e acusados, em conformidade com o *rule of law* e as garantias do processo justo. A este propósito, salienta Schomburg: “O direito do acusado a um julgamento justo é um indicador de equidade em qualquer sistema de justiça criminal uma vez que, esses procedimentos perdem credibilidade e integridade sem uma consistente aplicação das garantias de um processo justo⁹⁹”.

Finley também afirma que foram razões de equidade, de tutela dos direitos humanos e de protecção da integridade do sistema judicial que estão na base da previsão *ne bis in idem* contida no art. 20.º do ETPI¹⁰⁰.

Stigen atesta, como forma de justificar a inclusão do *ne bis in idem* no art. 20.º do ETPI que, pese embora o TPI constitua um sistema normativo próprio, separado e autónomo do sistema jurídico nacional, deve ser perspectivado como um prolongamento da jurisdição estadual¹⁰¹.

⁹⁷ O qual entrou em vigor em 01 de julho de 2002.

⁹⁸ Vide, arts. 5.º a 8.º do ETPI. Os Estados Unidos definiram os crimes internacionais “ as an act universally recognized as criminal, which is considered a grave matter of international concern and for some valid reason cannot be left within the exclusive jurisdiction of the state that would have control over it under ordinary circumstances”, in United Nations War Crimes Commission 1947-49 Vol. III, Case N. 47, citado por STIGEN, J. ob. cit. p. 2.

⁹⁹ Tradução nossa do inglês: “An accused party’s access to fundamental fair trials is a key indicator of equitability in any system of criminal justice, as proceedings lose their credibility and integrity without the consistent application of due process standards.” in SCHOMBURG, W. ob. cit. p. 1.

¹⁰⁰ Vide, FINLEY, L. ob. cit. p. 226.

¹⁰¹ Vide, STIGEN, J. ob. cit. p. 208.

Contudo, a operacionalidade do *ne bis in idem* tem que ser articulada e compreendida à luz de outros dois princípios que regem as relações entre os estados e o TPI e que são o princípio da complementaridade e o princípio da jurisdição universal. Neste contexto sistémico, a exequibilidade do *ne bis in idem* conforme previsto no art. 20.º encontra-se intrinsecamente ligada às normas que definem a repartição de competências jurisdicionais entre as autoridades nacionais e aquele tribunal.

O termo jurisdição em matéria penal designa, genericamente, o poder do estado para criminalizar condutas - *jurisdiction to prescribe* - e aplicar, aos autores dos delitos, a respetiva sanção de acordo com a sua legislação interna, com recurso ao aparelho institucional e coercitivo de que dispõe - *jurisdiction to enforce*. A jurisdição desdobra-se nestas duas dimensões: a primeira, normativa ou legislativa *stricto sensu* e, uma outra executória, que se traduz na *law in action* e assenta na existência de um nexo entre o estado e o indivíduo, seja esse nexo de natureza territorial, relativo à nacionalidade ou a qualquer outro aspeto relevante definido por lei ¹⁰².

Trata-se, em suma, do conjunto dos poderes de decisão sobre a natureza criminal de uma conduta, de promulgação das normas substantivas adequadas e das que lhes definem o âmbito de eficácia, bem os de verificação da violação concreta de normas penais para efeitos de aplicação das reacções aí previstas ¹⁰³.

Subjacente ao ETPI encontra-se o conceito de jurisdição universal sobre determinada categoria de delitos graves. Esse conceito tem sido fundamentalmente, fruto das reflexões da doutrina não existindo, do mesmo, qualquer definição ínsita em instrumentos convencionais ou no costume internacional. Porém, o reconhecimento de uma regra de direito internacional, que admita a existência dessa jurisdição universal no tocante a determinados

¹⁰² Sobre esta distinção ver, entre outros, O'KEEFE, R. : *Universal Jurisdiction-Clarifying a basic concept*, In *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, Oxford, Oxford University Press, p. 736 e DAILLER, P. e PELLET, A, *Droit International Public* (Nguyen Quoc Dinh), 6ª Edição, Paris, LGDJ, 1999.

¹⁰³ Vide, neste sentido, CAEIRO, P. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado - o caso português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

delitos, tem sido amplamente debatida e reúne o consenso da doutrina internacional. Antonio Cassese defende: “Apesar das razões subjacentes ao exercício da competência territorial, acima referidas, tal não se aplica aos crimes internacionais. Esses crimes violam valores que transcendem os estados individualmente considerados e as respectivas comunidades; afetam e envolvem todos os Estados. Nesta medida, qualquer estado tem o direito de os perseguir criminalmente e punir”¹⁰⁴.

Assim, a jurisdição universal pode ser definida como sendo a competência de um estado para o exercício da ação penal sobre um agente (que cometeu determinado tipo de delito ou delitos) e relativamente ao qual o estado em causa não mantém qualquer conexão, seja esta de índole territorial, relativa à nacionalidade ou qualquer outra.

Consequentemente, o reconhecimento a qualquer estado membro da comunidade internacional do poder jurisdicional para investigar e punir esta categoria de delitos, aumenta de forma significativa a possibilidade de virem a ocorrer conflitos positivos de jurisdição. Daí, o fato de se ter inserido no ETPI o princípio da complementaridade, bem como previsões *ne bis in idem*.

O princípio da complementaridade não se encontra previsto *qua tale* em nenhuma norma do estatuto do TPI, antes decorre dos dispositivos que regulam e delimitam as relações entre a jurisdição nacional e aquele tribunal e que visam garantir a manutenção de um equilíbrio entre uma efetiva punição dos crimes internacionais e a salvaguarda da soberania estadual.

Contudo, apesar da relação que o ETPI estabelece entre *ne bis in idem* e princípio da complementaridade, estes não se confundem. O primeiro, constitui um princípio-garantia que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos e acusados, colocando-os a salvo de repetidos procedimentos sancionatórios relativos aos mesmos fatos, encontrando expressa consagração

¹⁰⁴ Tradução nossa do inglês: “Indeed the rationale behind the claim of states to exercise territorial jurisdiction, referred to above, does not hold true for international crimes. Such crimes breach values that transcend individual states and their communities; they affect and involve all States. Hence, any State is entitled to prosecute and punish them.”, Vide CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 320.

nos arts. 20.º e 89.º, n.º 2 do ETPI. Em contrapartida, o princípio da complementaridade não assume um escopo protetivo dos direitos individuais, mas diz respeito à delimitação de competências jurisdicionais, entre duas ou mais entidades; no caso vertente, entre as autoridades nacionais e o TPI, encontrando a sua base legal no §10 do Preâmbulo, bem como nos arts. 1.º e 17.º do referido estatuto. A sua função é a de assegurar prioridade à intervenção estadual e simultaneamente, que os delitos graves não fiquem impunes por razões relacionadas com uma má ou deficiente administração da justiça nacional¹⁰⁵: “O princípio da complementaridade é a pedra de toque para a operacionalização do TPI e da teoria do direito penal internacional que lhe está subjacente, relativamente à punição das violações dos direitos humanos¹⁰⁶”.

A prioridade da jurisdição estadual e o caráter subsidiário da intervenção do TPI decorre da interpretação das alíneas a) e b) do art. 17.º do Estatuto de Roma e apenas cede nos casos em que o estado não pretenda ou não consiga, de forma genuína, levar a cabo as investigações e o sancionamento dos agentes infratores. Isto significa que o TPI apenas exerce jurisdição de modo subsidiário e sobre delitos graves, conforme se extrai da conjugação do corpo do art. 17.º e da sua alínea d). As alíneas a) e b) daquele normativo prevêm as situações que impedem a atuação do TPI, por via da inadmissibilidade legal da sua intervenção jurisdicional, o que se verifica sempre que:

- i. O caso esteja a ser investigado ou haja procedimento penal já iniciado pelo estado com competência jurisdicional para esse efeito;

¹⁰⁵ Em suporte desta afirmação, veja-se a norma do art. 17.º al. d) do ETPI, da qual resulta que se reserva às autoridades nacionais a investigação e julgamento das situações de “menor gravidade”.

¹⁰⁶ Tradução nossa do inglês: “The principle of complementarity is the cornerstone for the operation of the ICC and is the underlying theory of international criminal law in the prosecution of human rights violations. (...)”, COFFEY, G. *Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis In Idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, Intersentia. Conway, G.: ‘*Ne Bis in Idem* in International Law’, 2003, 3, in *International Criminal Law Review*, p. 217.

Para uma panorâmica doutrinária mais abrangente sobre o mesmo tema, vide CARTER: *The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem*, 2010, 8 in *Santa Clara Journal of International Law*, p. 165.

ii. O caso haja sido investigado pelo estado competente mas este tenha decidido não acusar a pessoa em causa¹⁰⁷;

A contrario sensu, o TPI terá competência jurisdicional nas seguintes situações:

i. Quando o caso não foi investigado nem existiu qualquer procedimento criminal anteriormente iniciado pela jurisdição estadual competente;

ii. Quando a jurisdição estadual competente não quer ou não pode, genuinamente, prosseguir a ação penal;

iii. Quando os delitos em causa revestem gravidade¹⁰⁸;

A terceira situação elencada (à qual corresponde a alínea d) do art. 17.º) não pressupõe a existência de qualquer procedimento investigatório prévio por parte da autoridade nacional cabendo ao Procurador, junto do Tribunal de Haia, efetuar a apreciação relativa à gravidade dos factos, à luz das circunstâncias do caso concreto¹⁰⁹.

A delimitação de competências entre os estados e o TPI faz-se numa lógica de “caso a caso”. Em primeiro lugar, importa averiguar se o estado em causa tem competência jurisdicional para investigar e proceder criminalmente numa determinada situação¹¹⁰. Uma vez estabelecida essa competência jurisdicional, importa avaliar se esse estado pretende efetivamente e se, além do mais, reúne as condições adequadas à investigação do caso ou se este reveste tal gravidade que justifique a intervenção do TPI.

¹⁰⁷ Estas cláusulas contém exceções que admitem a intervenção do TPI, nesta sede, mas não cuidaremos de as analisar, detalhadamente, por se encontrarem fora do âmbito desta investigação.

¹⁰⁸ São inúmeras as disposições do Estatuto que se referem à gravidade dos crimes sob jurisdição do TPI, nomeadamente, o § 4 do Preâmbulo, os artigos 1.º e 5.º bem como o art. 8.º.

¹⁰⁹ STIGEN, J. ob. cit. p. 186.

¹¹⁰ Para Stigen, a competência jurisdicional das autoridades nacionais afere-se à luz do direito internacional. De acordo com este autor, mesmo na ausência de uma disposição da lei interna que outorgue aos tribunais nacionais competência para o julgamento dos crimes do catálogo do ETPI, um julgamento deste tipo de ilícitos, efetuado por um tribunal nacional não será inválido porque estes tribunais detêm competência, para esse efeito, à luz do direito internacional, ob.cit.p.191. Em sentido diverso, ou seja, o de que as referências à competência jurisdicional dos tribunais nacionais, contidas no art. 17.º, § 2 alíneas a) e b) devem ser aferidas à luz da legislação interna, HALL, C.K *Article 19: Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case in OTTO TRIFFTERER* (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers'Notes, Article by Article*, Baden –Baden, 1999.

Esta análise é efetuada pelo gabinete do Procurador, conforme estatui o art. 53.º do ETPI, o qual lhe outorga uma certa margem de discricionariedade, quer na escolha dos delitos que deverão ser alvo de uma investigação, quer na avaliação da capacidade do estado para vir a realizar uma investigação completa e independente que assegure a efetiva punição dos autores dos delitos, respeitando as garantias de um processo justo.

Se o Procurador entender que o TPI é a jurisdição que, no caso concreto, melhor serve os “interesses da justiça” poderá nos termos do art. 53.º, n.º 1 al.c) e n.º 2 al.c) do ETPI, iniciar uma investigação e, eventualmente, vir a deduzir uma acusação, derogando a competência do estado ¹¹¹.

Nesta medida, o princípio da complementaridade assume uma dupla faceta: processual e substantiva. É que, para além da delimitação de competências entre os tribunais nacionais e o TPI, estabelece um *standard* mínimo que os procedimentos nacionais devem observar a fim de precludirem a jurisdição do TPI, *standard* esse que define o limiar a partir do qual já se justifica a sua intervenção. Tal ocorrerá não só quando esses procedimentos são inexistentes mas, sobretudo, quando apresentam deficiências tais que evidenciam a falta de empenho ou de capacidade do estado para punir os infratores e que importem a violação das garantias do processo justo.

6. O alcance e os limites do *ne bis in idem* à luz do art. 20.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional

O ETPI estabelece uma relação próxima entre o princípio da complementaridade (previsto no art. 17.º) e o *ne bis in idem* (ínsito no art. 20.º) o que tem levado a doutrina a salientar que, neste contexto, o *ne bis in idem* é um corolário da complementaridade.

¹¹¹ A propósito do sentido e do alcance do art. 53.º do ETPI, *vide*, STIGEN, J.ob. cit. p.187: “This potentially broad exception gives the ICC a wide margin of discretion and a direct role in passing judgement on the adequacy of national proceedings and national responses to mass atrocities.” “It must be assumed that the Court will require a clear proof before it admits a case against the wishes of a state party; the evidentiary burden on the Prosecutor can therefore be expected to be significant.”

O sistema de punição dos delitos contra a paz e a humanidade instituído pelo ETPI assenta nestes dois pilares, possibilitando uma convivência entre jurisdições e atenuando, por esta via, a possibilidade de ocorrerem segmentos de sobreposição.

No entanto, importa salientar que a possibilidade de virem a ocorrer conflitos positivos de competência apenas se coloca relativamente aos crimes que integram o catálogo dos arts. 5.º a 8.º do ETPI, dado que a jurisdição deste tribunal cinge-se apenas àqueles delitos. Quanto aos demais, a competência dos tribunais nacionais mantém-se intacta, em conformidade com as disposições da sua legislação interna ¹¹².

Relativamente à aplicação e operacionalidade do *ne bis in idem* no ETPI, há que atentar na norma do art. 20.º, a qual compreende três parágrafos correspondentes a três situações distintas:

- i. O efeito *ne bis in idem* das decisões do TPI nos processos do próprio Tribunal, materializado na norma do art. 20º §1;
- ii. O efeito das decisões do TPI em processos ulteriores, instaurados pelos tribunais nacionais (também designado por *ne bis in idem* descendente) e que se encontra insito no §2 do mencionado normativo e;
- iii. O efeito das decisões dos tribunais estaduais em processos que possam vir a ser instaurados pelo TPI (ou *ne bis in idem* ascendente) previsto no §3 do art. 20.º.

Destes normativos, o que reveste carácter mais abrangente, bem como o que assegura a tutela mais compreensiva em matéria *ne bis in idem*, é a norma do art. 20.º, 1º do ETPI. Esta norma prevê um *ne bis in idem* interno, ou seja, a vinculação do tribunal penal internacional a respeitar aquele princípio quando estejam em causa decisões por si proferidas, relativas aos mesmos fatos e ao mesmo agente. As exceções a esta norma são as constantes do próprio estatuto, designadamente as previstas na VIII Parte e reconduzem-se a dois tipos de situação:

¹¹² Vide, VAN DEN WINGAERT, C. e OGENA, T. ob. cit. p.717.

i. O mecanismo de revisão da sentença previsto no art. 84.º, o qual pode conduzir à reabertura do procedimento sempre que:

a) se verifique a descoberta de novos elementos de prova que não se encontravam disponíveis à data da realização do julgamento e que sejam susceptíveis de afectar o desfecho do caso;

b) haja ocorrido um vício no procedimento anterior;

ii. A interposição de recurso, quer em caso de absolvição, quer em caso de condenação, nos termos do art. 81.º do referido estatuto ¹¹³;

No que concerne a este segundo ponto, é de salientar que nos países de tradição jurídica de *civil law* este caso não configura propriamente uma exceção ao princípio *ne bis in idem*, ao contrário do que acontece nos países de *common law*. A explicação para estas diferenças advém das distintas configurações e fundamentos do *ne bis in idem* naqueles ordenamentos. Os países de tradição continental tendem a considerar que o princípio opera apenas em relação a decisões finais, ou seja, as que já não são suscetíveis de recurso. Daí que a interposição de recurso para um tribunal de segunda instância (mesmo na sequência de uma absolvição) não seja entendido como uma violação daquele princípio, mas apenas como o normal exercício de prerrogativas processuais ¹¹⁴.

Em contrapartida, na tradição anglo-saxónica não são admitidos recursos de decisões absolutórias. Nessas jurisdições, tal possibilidade é entendida como um abuso do processo e uma reiterada tentativa de condenação do mesmo agente, pelos mesmos fatos, violadora do *ne bis in idem*.

Das mencionadas exceções decorre que o efeito *ne bis in idem* das decisões do TPI opera apenas após o respetivo trânsito em julgado, vale dizer, quando decorridos os prazos previstos no estatuto para a revisão da decisão e/ou para a interposição de recurso. Por seu turno, o art. 150.º, n.º 1 das Regras de

¹¹³ Vide, VAN DEN WINGAERT, C e ONGENA, T. ob. cit. p.722.

¹¹⁴ STIGEN, J. ob. cit. p. 207 assinala a diferença entre o *double jeopardy* e o *ne bis in idem* salientando que a primeira, sendo típica dos ordenamentos anglo-saxónicos, estatui que uma decisão de absolvição é definitiva porque insuscetível de recurso, ao passo que o *ne bis in idem* protege o indivíduo de múltiplas acções punitivas relativas aos mesmos fatos. Nesta medida, o *ne bis in idem* asseguraria um maior escopo protetivo.

Procedimento e Prova dispõe que a decisão apenas se torna definitiva trinta dias após a sua notificação ao acusado¹¹⁵.

Todavia, já não se encontram abrangidas pela protecção *ne bis in idem* as decisões relativas à inadmissibilidade do caso, às emendas, à retirada ou não confirmação de acusação, conforme resulta dos arts. 61.º, §7, al.c) ii) e art. 53.º §4 do ETPI, o mesmo sucedendo quanto aos procedimentos que sejam descontinuados por razões de carácter técnico, em virtude de não constituírem decisões definitivas quanto ao mérito da causa¹¹⁶.

Os § 2 e 3 do art. 20.º do mencionado estatuto contemplam a relação entre as jurisdições nacionais e o TPI sendo que, o § 2 diz respeito ao *ne bis in idem* descendente (ou seja, ao impacto das decisões do tribunal internacional na jurisdição nacional) e o § 3 regula o *ne bis in idem* ascendente, reportando-se ao efeito das decisões nacionais na esfera de jurisdição do TPI¹¹⁷.

O § 2 do art. 20.º oferece uma protecção *ne bis in idem* de carácter restritivo, por três ordens de razões. A primeira, resulta do fato daquele normativo não limitar nem precluir o início de uma investigação por parte das autoridades nacionais relativamente à “mesma conduta”, porquanto no texto alude-se a condenação e a absolvição. O elemento literal deste normativo aponta para uma decisão resultante de um julgamento em que haja ocorrido a apreciação do mérito da causa. Nesta medida, o princípio *ne bis in idem* não actua *ex ante*, ou seja, não se materializa num princípio de preclusão da ação penal atuando apenas *ex post*, já após ter ocorrido um julgamento dos fatos¹¹⁸.

Por outro lado, a alusão a tribunais circunscreve o âmbito de protecção deste normativo aos tribunais das partes contratantes podendo, no entanto,

¹¹⁵ Em sentido contrário, tendo por base os trabalhos preparatórios do estatuto de Roma, vide TALLGREEN, I. e CORACINI, A.R. in TRIFFTERER, O. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article*, Second Edition, CH Beck, Hart, Nomos, 2008, p.684: “Hence, a Trial Chambers's judgements on the merits of the case may suffice to trigger *ne bis in idem*.”

¹¹⁶ Vide, TALLGREEN, I. e CORACINI, A.R.ob.cit, p.685.

¹¹⁷ Vide, VAN DEN WYNGAERT, C. E ONGENA, T.ob.cit.p.722 e 723.

¹¹⁸ Como já aludimos, a doutrina europeia, designadamente Lelieur-Fischer, tem defendido que o *ne bis in idem* constitui um princípio da preclusão da ação penal, impedindo uma reiteração de investigações e procedimentos penais relativos ao mesmo agente e aos mesmos fatos.

abranger tanto os tribunais militares como os tribunais de foro comum. Este entendimento decorre da regra do direito internacional costumeiro *pacta tertiis nec nocente nec prosunt*, prevista no art 34.º da Convenção de Viena ¹¹⁹.

A terceira razão decorre da referência que ali é feita aos crimes do art. 5.º que aponta para a adoção de um critério jurídico, no tocante ao preenchimento do elemento *idem*. O conteúdo substantivo do elemento *idem* é enformado por um critério normativo e não por um critério fático, restringindo consideravelmente o âmbito de protecção da norma e contrariando nomeadamente, a jurisprudência do TJUE que, relativamente ao *ne bis in idem* da UE tem optado por considerar os aspetos materiais da conduta, independentemente da sua qualificação legal.

Em suma, o §2 do art. 20.º do ETPI apenas protege o indivíduo de um segundo julgamento efetuado por uma entidade estadual, desde que essa condenação ou absolvição se reconduza ao elenco de crimes previstos no art. 5.º. Consequentemente, uma pessoa julgada por genocídio pelo TPI poderá vir a ser novamente julgada pela instância estadual por crime de homicídio (porquanto este não consta do catálogo do art. 5.º), ainda que a conduta material ou substantiva do agente seja a mesma ¹²⁰.

Para Tallgreen e Coraci, aquele normativo permite uma interpretação ainda mais restritiva dos direitos fundamentais do visado: a de que este pode vir a ser novamente julgado por crimes elencados no art. 5.º do estatuto, relativamente aos quais não haja sido proferido pelo TPI uma decisão final.

Finley salienta que a restrição operada ao *ne bis in idem* pela formulação do art. 20º § 2 do ETPI é compreensível à luz das limitações de jurisdição do próprio TPI e da necessidade de salvaguardar a punição de delitos “comuns” por parte das autoridades estaduais, limitando situações de impunidade. A autora acrescenta ainda que aquela norma constitui o ponto ótimo no precário equilíbrio entre a tutela dos direitos das vítimas e dos acusados ¹²¹.

¹¹⁹ Vide, TALLGREEN, I, e CORACINI, A.R., ob. cit. p. 685.

¹²⁰ Vide, TALLGREEN, I. e CORACINI, A.R., ob. cit. p. 686.

¹²¹ Vide FINLEY, L. ob cit. p. 232.

Contudo, a construção do elemento *idem* que encontramos no § 2 surge isolada do contexto daquele normativo, dado que não encontra apoio em nenhuma outra das suas previsões¹²². Trata-se também de uma norma que não previne a instauração de múltiplos procedimentos penais contra a mesma pessoa, por parte de outros estados:

“Além do mais, o Estatuto de Roma é omissivo no que respeita a múltiplos e subsequentes procedimentos em distintos sistemas jurídicos. Atento o carácter internacional dos crimes em causa, diferentes estados podem considerar-se jurisdicionalmente competentes. A protecção do indivíduo nestes casos dependerá da aceitação interna do *ne bis in idem* transnacional, que é limitada¹²³.”

Em sentido diverso, tanto o §1 como o §3 do art. 20.º do ETPI fazem referência à “mesma conduta” (em detrimento da referência a “crime”), o que aponta para uma apreciação material e substantiva do comportamento do agente, à luz de um critério naturalístico. O recurso a este critério autonomiza a operacionalidade do *ne bis in idem* das qualificações jurídicas efetuadas pela jurisdição natural, alargando o âmbito de protecção daquele princípio em favor do visado. Assim, um agente que haja sido condenado ou absolvido por um tribunal estadual, não pode ser de novo julgado pelo TPI por fatos que constituam a mesma conduta materialmente considerada (ainda que aquela fosse suscetível de integrar a prática de um crime de genocídio).

As disposições dos §1 e 3 do art. 20.º do ETPI, ao fazerem apelo a um *idem* fático-naturalístico, vão ao encontro da tendência maioritária da atual doutrina, bem como da jurisprudência seguidas pelo TJUE e pelo TEDH, relativamente ao elemento *idem* que compõe aquele princípio.

¹²² Contrariando a posição de FINLEY vide TALLGREN, I. e CORACINI, A.R.ob. cit. p. 686.

¹²³ Tradução nossa do inglês, TALLGREEN, I. e CORACINI, A.R.ob. cit. p. 687 :”Furthermore the Rome Statute is silent with regard to multiple subsequent procedures in different legal systems. Considering the international character of the crimes in question, different States may be able to establish jurisdiction. The protection of the individual in these cases solely lies on the domestic acceptance of transnational *ne bis in idem* which is limited”

Efetivamente, aqueles tribunais, nos últimos anos, têm proferido diversos acordãos que vão no sentido da ponderação dos aspetos substanciais da conduta, considerando as circunstâncias de tempo, lugar e modo da atuação do agente, num esforço de aproximação e convergência jurisprudencial e concetual.

O TJUE tem decidido, de forma consistente e congruente (quanto à interpretação do art. 54.º da CAAS), que o critério a ter em conta é o da: “(...) identidade dos fatos materiais, entendida como a existência de um conjunto de fatos indissociavelmente ligados entre si, independentemente, da qualificação jurídica desses fatos ou do bem jurídico protegido.”¹²⁴ Na concretização do elemento *idem*, aquela jurisprudência faz apelo à ponderação de três elementos da conduta: as circunstâncias de tempo, lugar e modo.

O TJUE seguiu, nestes arestos, o entendimento da jurisprudência alemã (a qual, baseando-se no art. 103º, III da Grundgesetz e nas normas dos §§ 155.º e 264.º do *Strafprozessordnung*) defende que o *ne bis in idem* é delimitado pela identidade dos fatos, assente na narrativa histórica constante da acusação¹²⁵.

O TEDH, por seu turno, após a prolação de acórdãos com entendimentos diversos¹²⁶, esclareceu a sua jurisprudência no *Acórdão Zolotoukhine c.. Rússia*. O critério definido neste aresto compara os fatos vertidos em cada um dos processos, à luz das circunstâncias de espaço e tempo que enformam a conduta do agente, a fim de aquilatar se estas constituem uma unidade.

Tendo em conta que a tendência jurisprudencial dos tribunais europeus tem sido a de optar pela consideração dos aspetos naturalísticos da conduta, não se pode deixar de assinalar que o art. 20.º § 2 do ETPI surge em contra-ciclo e como exceção ao entendimento adoptado na ordem jurídica da UE.

¹²⁴ O histórico jurisprudencial do TJUE tem-se mantido inalterável quanto a esta formulação, vide os Acordãos *Van Esbroek* (C- 436/04) de 09.03.2006, *Van Straaten* (C- 150/05) de 28.09.2006, *Kretzinger* (C-288/05) de 18.07.2007 entre outros.

¹²⁵ Vide, sobre este tema, KNIEBUHLER, R. *Transnationales ne bis in idem*, 2005, ROXIN/SCHUNEMANN, *Starfverfahrensrechth*, 2009, p.397. Na doutrina nacional, sobre este assunto SALINAS, H, ob. cit. p. 188 e 225.

¹²⁶ Reportamo-nos aos Acordãos *Gradinger c. Austria* de 23 de outubro de 1995, *Oliveira c. Suíça* de 30 de julho de 1998 e *Franz Fischer c. Austria* de 29 de maio de 2001.

Porém, esta opção das Partes Contratantes deve ser contextualizada sistemicamente, atendendo à natureza jurisdicional do TPI, à forma como foi concebida a sua intervenção (tendencialmente seletiva e minimalista) e às necessidade de preservação das soberanias estaduais, dado que: “O TPI não é legislador nem um Tribunal Supremo”¹²⁷.

Por estas razões, devem ser interpretadas, cautelosa e restritivamente, as exceções contempladas no art. 20.º § 3 alíneas a) e b) do ETPI que abrem a porta a futuros procedimentos junto daquele tribunal penal internacional, mesmo quando o caso haja sido julgado pela jurisdição estadual. Trata-se de derrogações à aplicação do *ne bis in idem* ascendente que operam sempre que:

i. o TPI averigue e conclua que o procedimento da autoridade nacional teve como propósito “proteger” o acusado de uma ulterior ação penal a cargo do TPI ou,

ii. não foi conduzido de forma imparcial e independente, à luz dos *standards* internacionais definidos para o processo justo e equitativo, de molde a evidenciar uma genuína intenção de aplicar a justiça ao caso concreto.

Importa concretizar, relativamente à interpretação das normas previstas no art. 20.º, § 3 als. a) e b), qual o padrão ou os critérios que devem guiar o TPI na operacionalização das exceções ao *ne bis in idem*.

6.1. O *standard* do processo justo e as exceções ao *ne bis in idem* ascendente

A protecção *ne bis in idem* oferecida pelo art. 20.º do ETPI não reveste carácter absoluto uma vez que no §3 alíneas a) e b), prevêm-se dois tipos de exceção ao *ne bis in idem* ascendente.

¹²⁷ Tradução nossa do francês: “Le TPI n’est ni un législateur ni une Cour Suprême.” METTRAUX,, G. *Table ronde présidée par Françoise Tulken*, in *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, ob. cit.p. 135.

Estas exceções consagram um poder de supervisão do TPI, relativamente à forma (e aos objetivos) como foram conduzidos os procedimentos penais nacionais e justificam-se pela especial gravidade que os crimes em causa revestem do ponto de vista dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesta conformidade, elas constituem uma “válvula de escape” da jurisdição penal internacional quando as jurisdições nacionais se revelem incapazes de punir os infractores. Esse “poder de supervisão” do TPI contribui, ainda que indiretamente, para o reforço dos *standards* internacionais relativos ao processo justo e equitativo, e para assegurar a punição dos responsáveis pela prática desses delitos, funcionando simultaneamente como elemento dissuasor.

Estas exceções assumem uma dupla natureza: por um lado, constituem um limite aos poderes jurisdicionais estaduais e, em contrapartida, verificados os seus requisitos, são condição da intervenção da jurisdição penal internacional porque abrem a porta ao seu exercício por parte do TPI. Não se trata, porém, de exceções cumulativas, mas sim alternativas.

Colocam-se, no entanto, duas questões centrais relativas à apreciação dessas exceções: que critérios devem nortear a apreciação, pelo TPI, dos requisitos previstos naqueles normativos e a quem cabe tal apreciação.

6.2 *Sham Trials* e garantias de processo justo como exceções ao *ne bis in idem*

Os direitos fundamentais, entre os quais o *ne bis in idem*, não são absolutos nem ilimitados ¹²⁸.

À semelhança do que ocorre nos ordenamentos jurídicos nacionais, a garantia *ne bis in idem* (e as exceções do art. 20.º do ETPI) tem que ser entendida à luz do contexto axiológico-normativo em que se insere e interpretada em

¹²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, J.C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, p.265.

conformidade com os fins por ele prosseguidos. Essa tarefa interpretativa, de acordo com as normas referentes à interpretação dos tratados constantes da secção III, arts. 31.º a 33.º da Convenção de Viena, deve partir do acervo normativo constante do respetivo estatuto e dos objetivos nele previstos ¹²⁹. Por seu turno, deve ainda ser levada em linha de conta a natureza da relação entre aquele tribunal e as jurisdições nacionais e os fins prosseguidos pela justiça internacional.

Porém, a inserção do *ne bis in idem* e das suas exceções num instrumento jurídico de direito internacional não facilita a sua interpretação, dado que se trata de definir e delimitar os critérios e os fundamentos dessa restrição na busca de um “(...) denominador comum de sensibilidades bastante diversas, próprias de países com diferenças, por vezes radicais, de organização política, de estrutura social e económica, de tradição religiosa e cultural ¹³⁰.”

A primeira dessas exceções, decorrente da alínea a) do 3.º § do art. 20.º do ETPI, permite obstar à produção de efeito *ne bis in idem* de decisões nacionais resultantes de processos que tenham tido como objetivo “subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal, por crimes da competência do Tribunal.”

A apreciação desta exceção radica, numa primeira fase, na iniciativa do Gabinete do Procurador que, ao abrigo do art. 53.º n.º1 do ETPI, pode decidir apreciar as circunstâncias em que determinados delitos foram cometidos e as respostas dos órgãos jurisdicionais competentes, a fim de avaliar se existe ou não algum fundamento para a intervenção do TPI, à luz do art. 17.º ¹³¹.

Finley assume que, esta avaliação não é isenta de alguma subjetividade, por considerar, nomeadamente, as circunstâncias sócio-políticas do país ou do

¹²⁹ Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados, aprovada em 23 de maio de 1969, ratificada e aprovada para adesão, por Portugal em 29 de maio de 2003, através da Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 de 7 de agosto.

¹³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, J.C, ob. cit. p.35.

¹³¹ De acordo com STIGEN, J. ob. cit. p. 208, o Procurador junto do TPI pode, inclusivamente, decidir não intervir, mesmo quando confrontado com um *Sham trial*, ao abrigo do disposto no art. 53.º, n.º1 al. c) do estatuto se já tiver decorrido muito tempo desde a prática dos factos ou se, entretanto, ocorreu a reconciliação entre vítimas e autores dos delitos.

território em causa e o impacto que uma possível intervenção do TPI possa causar ¹³².

No que toca aos critérios justificativos da intervenção jurisdicional daquele Tribunal, a mesma autora salienta que podem ser fatores indiciadores da verificação da exceção ínsita no art. 20.º § 3, alínea a), designadamente, a existência de uma desproporção clara entre a acusação deduzida pela jurisdição nacional e a gravidade das alegadas ofensas, ou quando ocorram acentuados desvios do procedimento relativamente à sua tramitação normal e em prol do acusado ¹³³.

Em nossa opinião, na tarefa de interpretação e aplicação das normas do art. 20.º § 3 als. a) e b) do estatuto, deverão ser tidos em conta factores de ordem substantiva e processual e efetuada uma análise global do ordenamento jurídico respetivo, inclusive uma apreciação sobre o funcionamento do sistema judicial, a independência dos tribunais e o estatuto dos defensores, à luz dos *standards* internacionais do processo justo.

Nesta medida, o Procurador do TPI deverá ponderar os seguintes factores:

- i. se a legislação nacional do estado prevê a incriminação daquelas condutas e qual a forma que reveste essa incriminação;
- ii. a natureza das penas previstas para aquele tipo de delito (quer abstratamente consideradas, quer as concretamente aplicadas ao caso e noutras situações semelhantes);
- iii. se, do ponto de vista processual foi garantido às vítimas o direito de audição no âmbito do procedimento nacional e se este lhes assegurou e em que termos, a possibilidade de ressarcimento.

No tocante à definição dos critérios internacionais do processo justo para os quais remete, expressamente, a norma do art. 20.º § 3 al. b) do ETPI, importa ter presente que o direito penal internacional apresenta-se ainda num estágio de evolução dogmática rudimentar, quer no que concerne ao direito substantivo

¹³² FINLEY, L. ob.cit. p. 236.

¹³³ FINLEY, L. ob. cit. p. 236.

(mormente na definição substantiva dos crimes internacionais), quer no que toca ao direito processual¹³⁴. Não obstante, a definição das normas e princípios enformadores do processo justo passa, fundamentalmente, pela identificação e concretização das regras costumeiras ou princípios gerais de direito internacional, numa ótica de prevalência do direito internacional relativamente aos direitos internos. A identificação dessas regras e princípios enformadores deve ser procurada nas fontes do direito internacional e na jurisprudência nacional e internacional, conforme resulta do art. 38.º, n.º1 al. d) do ETPI.

Entre as fontes do direito internacional encontram-se os estatutos dos tribunais penais internacionais¹³⁵, os atos normativos internacionais adotados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, os Pactos e Tratados Internacionais (designadamente, o PIDCP e as Convenções de Genebra), o costume e os princípios gerais de direito internacional, bem como aqueles princípios que estão presentes nos diversos sistemas jurídicos mundiais¹³⁶.

Porém, o modelo mais completo, em termos de garantias do processo justo, é o que decorre da CEDH, cujos princípios enformadores inspiraram a jurisprudência do TEDH e permitiram a emergência de um *standard* supranacional nesta matéria.

Cassese assinala três razões, pelas quais a CEDH e a jurisprudência dela resultante têm um papel tão importante na definição do *due process*¹³⁷. A primeira, resulta do TEDH ser também uma jurisdição internacional ao nível do TPI. A segunda, advém do fato dos tribunais internacionais (em particular, os tribunais penais para a ex-Jugoslávia e o Rwanda) se encontrarem vinculados ao respeito pelas garantias de defesa e as normas dos seus estatutos (arts. 21.º e 20.º

¹³⁴ CASSESE, A.: *L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in Crimes Internationaux et juridictions Internationales, ob. cit. p.144.

¹³⁵ A propósito do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia mas com interesse para este capítulo, vide, ROBINSON, P. L.: *Ensuring fair and expeditious trials at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, publicado no sítio <http://ejil.oxfordjournals.org/content/11/3/569.full.pdf>, consultado em 03.06.213.

¹³⁶ CASSESE, A. ob.cit.p. 144 e 145.

¹³⁷ CASSESE, A.ob.cit. p. 149.

respetivamente) encontrarem inspiração na CEDH, particularmente, nos artigos 5.º e 6.º.

A terceira e última razão, advém da jurisprudência do TEDH ser o corolário da convivência plural de 43 sistemas jurídicos distintos e que sintetiza, de alguma forma, os elementos comuns a esses sistemas, oriundos de diferentes “famílias-normativas” num processo de harmonização plurinormativa ¹³⁸.

Face ao exposto, o padrão internacional das garantias do processo justo (a ter em conta, para efeitos de interpretação e aplicação da exceção ao princípio *ne bis in idem* prevista no art. 20.º § 3 al.b) do estatuto) resulta:

- i. dos princípios gerais do direito internacional;
- ii. do costume internacional e;
- iii. dos princípios comuns aos sistemas jurídicos mundiais, obtidos a partir da jurisprudência do TEDH.

Em síntese, o TPI não pode intervir e julgar a mesma pessoa pelos mesmos fatos se esta já foi julgada por um outro tribunal, de acordo com os *standards* definidos para assegurar um processo justo e equitativo. Todavia, o juízo de valor que o TPI deve efetuar para sindicar a observância das garantias do processo justo não se deve limitar à fase de julgamento propriamente dita, mas acompanhar todo o decurso das fases investigatórias e a execução de sentença. Só assim o Tribunal pode adquirir uma visão panorâmica e realista da forma como as autoridades nacionais investigaram, julgaram e, eventualmente, condenaram o acusado, de modo a garantir a realização *efetiva* da justiça.

No contexto dessa avaliação, o TPI pondera, designadamente, se o tribunal que julgou o visado assegurou as garantias de independência e a imparcialidade dos juízes e dos outros atores institucionais envolvidos, nomeadamente, advogados e procuradores.

Trata-se de uma avaliação bidireccionada, dado que essa análise deverá visar não apenas os direitos das vítimas e a punição dos delitos que foram cometidos, como os direitos dos próprios acusados. Desta forma, o TPI

¹³⁸ CASSESE, A. ob.cit. p. 150.

configura-se como uma autoridade supra- estadual de controlo do respeito pelos direitos humanos, na vertente das garantias processuais ¹³⁹.

6.3 O *ne bis in idem* enquanto fundamento de recusa de entrega ao TPI

No ETPI, o *ne bis in idem* configura –se como limite aos deveres de cooperação estadual com o Tribunal Penal Internacional pois, nos termos do art. 89.º, n.º2, surge como fundamento de oposição do visado ao pedido de entrega ¹⁴⁰ formulado perante as autoridades nacionais, as quais devem, por força do art. 89.º, n.º1, prestar toda a colaboração ao TPI.

Pedro Caeiro salienta que esta norma aproxima-se de outras idênticas que constituem obstáculo ou fundamento de recusa à cooperação judiciária internacional e que se encontram previstas nesses instrumentos mas que acaba por ter, no contexto do estatuto, um alcance limitado ¹⁴¹.

O reduzido alcance ou efeito prático desta garantia advém, entre outros, do fato de, nos termos do ETPI, o tribunal nacional não deter competência para se pronunciar sobre o mérito do pedido de oposição à entrega (no sistema jurídico da UE, no âmbito do MDE, a apreciação dos fundamentos de recusa da cooperação judiciária em matéria penal e o controlo de legalidade das causas de recusa cabe, em primeira linha, ao juiz do estado de emissão e, em segundo lugar, ao juiz do estado requerido). De acordo com as normas do estatuto de Roma, o tribunal nacional deve consultar previamente o TPI para saber se o caso

¹³⁹ Neste sentido, TALLGREEN, I e CORACINI, A.R, ob. cit. p. 695.

¹⁴⁰ A utilização do termo “entrega”, em detrimento do recurso à terminologia “extradição” ou “transferência de pessoas”, radica no facto de se ter pretendido evitar que os estados fizessem uso da sua legislação nacional em matéria de extradição (e das respectivas causas de denegação) para recusar o pedido de entrega ou que tivessem a necessidade de alterar a sua legislação interna, designadamente, a constituição. Foi este, por exemplo, o caso da Itália que, apesar da norma constitucional ínsita no art. 26º, a qual, proíbe a extradição de nacionais, ratificou o ETPI por considerar que, a matéria da extradição aplica-se apenas às relações inter-estaduais e não no âmbito das relações entre o estado e o TPI. Vide, CALAZAN, J. ob. cit. p. 1842. Além do mais, nos termos do art. 102.º do ETPI, estabelece-se uma distinção clara entre os dois termos.

¹⁴¹ CAEIRO, P. ob. cit. p. 86.

foi admitido ou se aguarda decisão de admissibilidade, caso em que diferirá a execução do pedido até que aquele tribunal se pronuncie, conforme resulta do mencionado art. 89.º, n.º 2 do ETPI ¹⁴².

A razão de ser da limitação dos poderes do tribunal do estado requerido para apreciar do mérito do fundamento de oposição baseado no *ne bis in idem*, advém do modelo de relacionamento entre os tribunais nacionais e o TPI e de ser este a decidir, exclusiva e soberanamente, sobre a sua jurisdição, conforme resulta de diversas normas estatutárias e do princípio da complementaridade. Significa isto que é ao próprio TPI que cabe a *Kompetenz – Kompetenz* para decidir da admissibilidade de um caso e da consequente viabilidade da entrega.

Contudo, a norma do art. 89.º, n.º 2 do ETPI não pode ser interpretada isoladamente, mas deve ser conjugada com as previsões dos arts. 17.º, 18.º, 19.º e 20.º do ETPI. É que, se houver um pedido de entrega da pessoa pelo TPI, e se se encontrarem pendentes, no estado requerido, procedimentos criminais relativos ao mesmo indivíduo, as normas estatutárias prevêm que o TPI não deve, em princípio, admitir como caso próprio aquele que esteja a ser investigado ou julgado pelas autoridades nacionais competentes, a não ser no âmbito das exceções previstas no art. 20.º § 3 do referido ETPI.

Nessas situações, a decisão quanto à viabilidade da entrega é sempre da responsabilidade do TPI e, caso se venha a entender que, o caso recai no âmbito da sua jurisdição a entrega é obrigatória para o estado requerido. No entender de Pedro Caeiro, a norma do art. 89.º, n.º 2 daquele estatuto não possui “(...) dignidade normativa suficiente para se sobrepor à regra que flui dos artigos 17.º e segs.(...)” ¹⁴³.

Do ponto de vista doutrinário, a solução consagrada no ETPI vai ao encontro da teoria da cooperação vertical, de acordo com a qual: “(...) o enfoque vertical afasta-se dos conceitos interestaduais tradicionais de cooperação, outorgando maior peso e importância aos interesses comunitários na prossecução

¹⁴² CAEIRO, P. ob. cit. p.86.

¹⁴³ CAEIRO, P. ob. cit. p. 89.

da ação penal internacional do que aos interesses do estado requerido. De acordo com o enfoque vertical, a relação entre estados parte e o tribunal penal não é uma relação de igualdade e de independência de uns relativamente ao outro. A relação é qualificada como vertical porquanto, a jurisdição voluntária do TPI é vista como uma extensão das jurisdições nacionais ¹⁴⁴.”

Ao entender-se que a jurisdição penal internacional constitui uma “continuidade” da jurisdição estadual elimina-se a possibilidade de conflitos sistémicos entre ambas. Pelo contrário, a opção pela consagração estatutária da teoria da cooperação horizontal representaria a “entrada em cena”, no Estatuto de Roma, das causas tradicionais de denegação da cooperação judiciária e que inviabilizariam, na prática, o exercício pelo TPI das suas competências jurisdicionais.

Se o TPI aceitar o caso, o estado requerido não se pode recusar a proceder à entrega da pessoa. Essa aceitação significa que as autoridades nacionais não tiveram vontade ou capacidade de encetar procedimentos criminais contra o visado, o que legitima a intervenção da jurisdição internacional ¹⁴⁵. Em contrapartida, se o TPI proferir uma decisão de inadmissibilidade, o pedido de entrega da pessoa ficará necessária e logicamente prejudicado.

O art. 89.º, n.º2 do ETPI não pode ser entendido como norma de tutela dos direitos do visado. Esta disposição deverá ser perspectivada no contexto mais alargado das normas que definem e regulam a admissibilidade dos casos, pelo próprio TPI, ao qual, incumbirá decidir acerca da viabilidade dessa oposição à entrega.

¹⁴⁴ Tradução nossa do castelhano: “El enfoque vertical se aparta de conceptos interestatales tradicionales de cooperacion en cuanto le asigna mayor peso al interés comunitario en una persecucion penal que a intereses conflictivos del Estado requerido. Según el enfoque vertical, la relación entre Estados Parte y la Corte no es entre dos sujetos ubicados en un mismo pie de igualdad y esencialmente independientes uno del outro. La relación es, en cambio, calificada como vertical: la jurisdicción complementaria de la Corte es vista como un tipo de extensión de las jurisdicciones nacionales.” in KLAU, H.P. e KRESS, C.: *Jurisdiccion en el estatuto de la Corte penal Internacional: principios y compromissos* in La Nueva Justicia Penal Supranacional: desarrollos post roma, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002,p. 331-332.

¹⁴⁵ Neste sentido, vide CALAZAN, J. *Article 89-Remise de Certaines Personnes à la Cour*, in Statut de Rome- La Cour pénale internationale, Commentaire article par article, Fernandez, J. e Pacreu, X. (sous la direct.), Paris, Editions Pedone, Tome II,p. 1835-1847.

A decisão sobre o mérito do pedido de oposição é uma prerrogativa do próprio TPI e não da jurisdição estadual, que se constituirá como um interlocutor entre o visado e aquele tribunal. Por outro lado, decorre do art. 88.º do ETPI que as legislações nacionais dos estados que ratificaram aquele estatuto, devem assegurar a exequibilidade de todas as formas de cooperação previstas no capítulo IX do estatuto relativo à Cooperação Internacional e Assistência Judiciária.

Este normativo prevê, por um lado, o princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno e, por outro, o princípio da necessidade da adequação da legislação interna estadual aos fins prosseguidos pelo ETPI, designadamente no que concerne às formas de cooperação previstas no seu capítulo IX ¹⁴⁶.

Incumbe ao TPI a verificação dos requisitos de procedência ou improcedência da exceção *ne bis in idem*. Tal implica a formulação, por parte daquele tribunal, de um juízo sobre o procedimento que corre termos na jurisdição nacional e que se traduz no teste de complementaridade. Como salienta Kai Ambos, uma primeira apreciação acerca da admissibilidade da intervenção jurisdicional do TPI deve ser efetuada numa etapa muito inicial do processo, ou seja, nas investigações preliminares levadas a cabo pelo Gabinete do Procurador e precede, necessariamente, a abertura de uma investigação formal, nos termos do art. 53.º do ETPI. Nesses casos, o Procurador analisa e controla genericamente a possibilidade de admissão do caso pelo TPI, com base nos elementos de que dispõe ¹⁴⁷.

No que toca à questão acima enunciada, ou seja, quando haja procedimentos nacionais a correr termos relativamente às mesmas pessoas que estejam a ser objeto de investigação pelo Gabinete do Procurador, cabe à Câmara das Questões Preliminares examinar e decidir se o suspeito já está a ser julgado

¹⁴⁶ Vide, RASPAIL, H. ob.cit. p. 1833.

¹⁴⁷ AMBOS, K. *Ensayos Actuales sobre derecho penal internacional y europeo*, Bogotá, Ibanez e Pontificia Universida Javeriana, 2011, p. 336.

na instância nacional pelos mesmos fatos, antes de deliberar sobre a respetiva admissibilidade.

6.4 *Ne bis in idem* e concorrência entre pedidos de entrega e extradição formulados por terceiros estados e o TPI

Outra das questões de particular importância em matéria *ne bis in idem*, quer do ponto de vista dos direitos de defesa do visado, quer do ponto de vista do exercício da jurisdição internacional radica na norma do art. 90.º, n.º1 do ETPI que diz respeito à apresentação simultânea ou sucessiva de pedidos de entrega efetuados, pelos mesmos fatos, junto de um tribunal de uma parte contratante, quer pelo TPI, quer por um outro estado (que pode ou não ser uma parte contratante).

Nos termos deste normativo, podem verificar-se três tipos de situação:

- i. a concorrência de pedidos formulados por dois ou mais tribunais de partes contratantes;
- ii. a concorrência de pedidos entre um Tribunal de uma parte contratante e o TPI;
- iii. concorrência de pedidos formulados pelo TPI e por um estado terceiro não contratante.

Iremos apenas debruçar-nos sobre os pontos ii) e iii) atendendo a que a primeira questão deve ser resolvida nos termos dos acordos de entrega e extradição que envolvam os estados e à luz dos normativos internos sobre prioridade na cooperação penal internacional vigentes no estado requerido.

No âmbito do art. 90.º, n.º1 do ETPI, o termo “mesmos fatos” foi utilizado em detrimento da expressão “mesmo crime”, atentas as diversas qualificações dos delitos entre os estados contratantes e com o intuito de prevenir o incumprimento dos pedidos de entrega com base em tais diferenças. Este normativo apesar de, aparentemente, conter uma previsão *ne bis in idem* constitui, na sua essência, uma norma funcionalmente adstrita à prevenção de

eventuais conflitos de jurisdição, ao abrigo do princípio da complementaridade. Este entendimento vai ao encontro da estatuição do art. 20.º que consagrou no ETPI o *ne bis in idem* mais como uma norma ao serviço da complementaridade do que dos direitos humanos: “(...) a sua localização no seio da arquitetura geral do estatuto traduz, em grande parte, os imperativos que presidiram à sua inserção. Com efeito, mais do que o objetivo de respeito pelos direitos do indivíduo, é o fim de reforçar a complementaridade do Tribunal em relação às jurisdições nacionais, entendida como subsidiariedade, que o art. 20.º foi redigido

148 »

São três os elementos previstos no art. 90.º, n.º1 do ETPI, que influenciam a resolução do problema da concorrência de pedidos de entrega:

- i. a qualidade de parte contratante do estado requerente;
- ii. a existência de uma decisão de admissibilidade do caso por parte do TPI e;
- iii. a existência de uma obrigação internacional do estado requerido, quanto à extradição da pessoa ¹⁴⁹.

Na resolução do conflito de pedidos de entrega há que ter em conta não apenas a norma do art. 90.º, mas também as normas dos arts. 17.º, 18.º, 19.º e 20.º do ETPI.

¹⁴⁸ Tradução nossa do francês: “(...) son placement au sein de l’architecture générale du Statut traduit en grande parti eles impératifs qui présidèrent à son insertion. En effet, plus que dans un souci de respect des droits de l’individu, c’est au fins de renforcer la complémentarité de la Cour par rapport aux juridictions nationales, entendue como subsidiarité, que l’article 20 fut rédigé.” *Vide*, HEUGAS - DARRASPEN, E.: *Anotation à L’article 20, In Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Tome I (Fernandez, J. e Pacreu, X, direct.), Paris, Editions Pedone, 2012, p. 750.

¹⁴⁹ Sobre as discussões em torno deste normativo veja-se o Rapport du Comité Préparatoire pour la creation d’une Cour criminelle internationale, UNdocA/CONF.183/2/Add1, 14 abril 1998, 148, referenciado por CALAZAN, J. *Anotation à l’article 90, In Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Tome II (Fernandez, J. e Pacreu, X, direct.), Paris, Editions Pedone, 2012, p. 1851.

6.4.1 Concorrência entre pedidos de entrega do TPI e de estado contratante

Se ambos os tribunais envolvidos no pedido (requerente e requerido) forem partes contratantes, o tribunal requerido deve informar o TPI (junto do Secretário) e o outro estado requerente, da pendência dos dois pedidos concorrentes. Por seu turno, o TPI através do gabinete do Procurador deverá notificar (conforme resulta do art. 18.º do ETPI) os demais estados de que existe uma séria probabilidade de abertura de um inquérito contra o visado. Em contrapartida, os estados estão também adstritos a notificar o mesmo tribunal da pendência de um processo nacional contra a mesma pessoa e relativo aos mesmos fatos. A notificação vale, por isso, como forma de prevenir ou de obstar à instauração simultânea de procedimentos criminais contra o mesmo visado, pelos mesmos fatos, mas não garante qualquer protecção *ne bis in idem*¹⁵⁰.

Efetivamente, o efeito preclusivo da actuação penal nacional não resulta da notificação, mas da decisão de admissibilidade do caso efectuada pelo TPI; ou seja, se aquele tribunal já se tiver pronunciado sobre a admissibilidade do caso, nos termos do art. 18.º, a jurisdição nacional deverá abster-se de iniciar procedimento criminal, contra o mesmo visado pelos mesmos fatos, conforme resulta do art. 90.º, n.º 2 al. a) do ETPI.

Calazan advoga que a intervenção do TPI deverá, no entanto, ser entendida como de *última ratio*. Para o autor e de acordo com o princípio da complementaridade o caso apenas será julgado pela instância internacional se a jurisdição nacional não for capaz de assegurar, de forma legal e eficaz, a realização da justiça. Na mesma linha de entendimento, Sana afirma:

“(...) isso significa que as jurisdições nacionais são os juízes naturais das infrações relativamente às quais o tribunal é competente, o qual está dotado de

¹⁵⁰ Vide, CALAZAN, J. ob. cit. p. 1853.

uma competência que opera quando um estado não quer ou não pode julgar os crimes internacionais definidos pelo Estatuto ¹⁵¹”.

Em contrapartida, Pedro Caeiro defende que o tribunal requerido deverá dar prevalência ao pedido do TPI (desde que este haja admitido o caso ou seja previsível que venha a fazê-lo), em virtude da posição de tendencial supremacia que, as partes e o Estatuto outorgaram a esta instância (*vide*, art. 90.º, n.º 2 do ETPI) ¹⁵².

Na verdade, se o TPI ainda não se pronunciou quanto à admissibilidade, o estado requerido deve sustar a entrega até que ocorra decisão da Câmara Preliminar, conforme dispõe o art. 90.º, n.º 3 do ETPI. ¹⁵³ É que, nesse momento prévio, ainda não se verificou a previsão do art. 20.º, n.º 2 do ETPI, uma vez que, ali se exige, como pressuposto de atuação da garantia *ne bis in idem*, a prolação de uma decisão definitiva, relativa à mesma ou mesmas pessoas, sobre o mesmo crime do art. 5.º, por parte da jurisdição nacional ¹⁵⁴.

¹⁵¹ Tradução nossa do francês, *vide*, SANA, S. *Anotation à L'article 18*, in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Tome I (Fernandez, J. e Pacreu, X, direct.), Paris, Editions Pedone, 2012, p. 713: “(...) cela signifie que les juridictions nationales sont les «juges naturels» des infractions pour les quelles la Cour est competente, celle ci est dotée d’une compétence lorsque aucun Etat ne veut ou ne peut connaître des crimes internationaux definis par le Statut.”

¹⁵² Neste sentido, ainda CAEIRO, P. *ob.cit.* p. 98 e LATTANZI, F.: *Competence de la Cour Pénale internationale et consentement des États*, RGDIP, 1999, 2, p. 430.

¹⁵³ As condições de admissibilidade do procedimento pelo TPI encontram-se previstas nos arts. 17.º als. a) e b) do ETPI.

¹⁵⁴ Se o estado requerido decidir não extraditar a pessoa para o estado requerente, deve informar o TPI, particularmente o Gabinete do Procurador, desse fato, uma vez que este, poderá ter proferido uma decisão de inadmissibilidade (na convicção de que o estado requerente iniciaria os procedimentos criminal contra o visado) e agora, colocado perante esta recusa do estado requerido, determinar a emissão de um mandado. *Vide*, neste sentido, SCHABAS, W. *The International Criminal Court - A Commentary on the Rome Statute*, Oxford Commentaries in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1004.

6.4.2 Concorrência entre pedidos de entrega do TPI e de estado(s) não contratante(s)

Nesta hipótese há que distinguir duas situações conforme o estado requerido haja ou não celebrado um acordo de extradição ou entrega com o estado terceiro requerente, fator que determina a aplicação da norma dos n.ºs 4 e 6 do art. 90.º do ETPI.

Assim, o tribunal ou a autoridade requerida devem sempre averiguar previamente se existe uma obrigação internacional que os vincule à extradição, por via da celebração de um acordo, tratado bilateral ou multilateral.

No caso do art. 90.º, n.º4 do ETPI, Claus Kress e Kimerleu Prost argumentam que não se vislumbra qualquer concorrência de pedidos, uma vez que o estado requerido não tem qualquer compromisso internacional, em matéria de extradição, com o estado requerente. Por essa razão, deverá ser dada prioridade ao pedido do TPI sempre que este haja declarado o caso admissível

155.

A questão reveste maior complexidade quando o estado requerido está comprometido internacionalmente com o estado requerente, ao abrigo de um tratado ou acordo de extradição. Neste caso, verificar-se-á um conflito de interesses quando o TPI haja proferido uma decisão de admissibilidade, relativamente à mesma pessoa e a um acervo fático que seja simultaneamente objeto de um pedido de extradição e de entrega.

Todavia, a doutrina tem circunscrito este elemento conflituante restringindo a aplicação do art. 90.º, n.º6 do ETPI aos casos em que a celebração do acordo internacional é prévio ou anterior à ratificação do ETPI por parte do estado requerido.

Nessas situações (em que a vinculação é anterior) o estado requerido tem que optar e decidir sobre a qual das duas jurisdições vai entregar a pessoa, uma

¹⁵⁵ Vide, KRESS, C. e PROST, K.: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers's Notes*, Article by Article, Second Edition, Munchen, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 1555.

vez que o estado terceiro não está adstrito ao cumprimento das obrigações emergentes do Estatuto do TPI encontrando-se, teoricamente, colocado numa posição de igualdade relativamente ao TPI.

O art. 90.º, n.º 6 do ETPI elenca um conjunto de critérios que devem ser observados e tidos em linha de conta na ponderação desses interesses. Nesse elenco, não consta qualquer referência aos interesses ou direitos do visado mas apenas uma alusão à sua nacionalidade (al. a) quando estejam em causa os interesses do estado requerente.

Em nosso entendimento, deve ser dada prevalência ao pedido de entrega formulado pelo TPI sempre que este órgão jurisdicional haja proferido uma decisão de admissibilidade e pretenda vir a julgar o cidadão visado.

As razões que se prendem com esta posição advém da necessidade de salvaguardar a prevalência da jurisdição internacional para assegurar a punição de delitos graves e a realização eficaz da justiça, nestes casos.

6.5 Apreciação crítica

Impõem-se agora algumas considerações relativamente à configuração do *ne bis in idem* no estatuto do tribunal penal internacional.

Em primeiro lugar, na sistemática do ETPI, o *ne bis in idem* mostra-se incluído no capítulo II relativo à competência, admissibilidade e ao direito aplicável, e não no âmbito do capítulo III, dedicado aos princípios gerais de direito (isto, apesar da sua natureza jurídica, o configurar como tal).

Atenta a sua inclusão no capítulo II e à natureza das normas que o contemplam, constata-se que se encontra funcionalmente adstrito ao mecanismo de repartição de competências jurisdicionais entre as partes contrantes e o TPI.

O ETPI consagra um entendimento restritivo do *ne bis in idem* que implica uma tripla articulação entre direitos individuais, soberania estadual e a

necessidade de evitar a impunidade relativamente aos crimes da competência do tribunal penal internacional ¹⁵⁶.

O estatuto prevê a operacionalidade do princípio em três níveis distintos:¹⁵⁷

i. no domínio interno do próprio tribunal (art. 20.º, n.º1), em que se assume como direito individual de forma mais plena mas, no qual, sofre as restrições constantes do próprio normativo, a saber; o fato dessa garantia apenas ser accionada no caso de ter ocorrido uma condenação ou uma absolvição definitivas proferidas pelo Tribunal (o que exclui as decisões proferidas pelo Procurador, no âmbito dos inquéritos) e de o elemento *idem* se basear num critério jurídico e não num critério fático-naturalístico;¹⁵⁸

ii. no âmbito das relações entre as jurisdições estaduais e o TPI (*ne bis in idem* ascendente, vide art. 20.º, n.º 2);

iii. no âmbito das relações entre o TPI e as jurisdições estaduais (*ne bis in idem* descendente, vide art. 20.º, n.º3).

Contudo, é de assinalar que, nem o n.º 2 nem o n.º 3 do art. 20.º fazem alusão à definitividade da decisão resultante do julgamento da jurisdição nacional ou do TPI, afigurando-se, numa leitura liminar que o efeito *ne bis in idem* produz-se independentemente do efeito *res judicata* da decisão proferida em primeiro lugar. No entanto, entendemos que tais decisões deverão revestir um carácter definitivo, nos casos do n.º 2 à luz dos critérios processuais definidos pela jurisdição que a proferiu e, no caso do n.º 3, à luz dos critérios estabelecidos pelo ETPI.

Relativamente ao normativo do art. 20.º, nº3 do ETPI (e que concerne ao respeito pelo efeito *ne bis in idem* das decisões produzidas pelas jurisdições das partes contratantes), apenas é possível a produção desse efeito vinculativo num quadro de respeito pelas garantias processuais dos visados e perante a existência

¹⁵⁶ Vide, HEUGAS, DARRESPEN, E.ob. cit. p. 752.

¹⁵⁷ Excluimos da análise, por razões relacionadas com a economia deste trabalho, o relacionamento entre o TPI e as outras jurisdições internacionais.

¹⁵⁸ Isto prende-se com o fato do TPI não possuir uma jurisdição genérica *ratione materiae* mas limitada aos crimes do catálogo do art. 5.º.

de um processo legal que assegure a realização efetiva da justiça. Trata-se, por isso, de um *ne bis in idem* submetido a um duplo teste (o de respeito pelas garantias de defesa e de processo justo) e que é excecionado sempre que ocorra a violação das normas das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 20.º.

Finalmente, incumbe salientar que o estatuto não contempla qualquer norma *ne bis in idem* no que toca ao relacionamento do TPI com estados terceiros. Nesta medida, se uma pessoa for julgada, pelo Tribunal Penal Internacional, o efeito *ne bis in idem* dessa decisão produzirá ou não efeitos numa jurisdição terceira, em função das normas internas dessa jurisdição e não por via de qualquer dispositivo do ETPI.

Esta situação fragiliza os direitos individuais mas explica-se em virtude de, as normas de um tratado ou de um acordo apenas vincularem, à luz dos princípios gerais do direito internacional, as partes contratantes.

Conclui-se que, no plano do direito internacional, o *ne bis in idem* apesar de se mostrar incluído em diversos normativos respeitantes aos direitos humanos não assume contornos absolutos nem *erga omnes*. Pelo contrário, a sua implementação assume um carácter setorial e sistemicamente enquadrado por outras normas que o delimitam, restringindo a sua aplicação.

CAPÍTULO III

1. A implementação internacional do *ne bis in idem* através da fertilização cruzada

1.1 O papel (pioneiro) da jurisprudência:

Perante a ausência de consensos político-legislativos internacionais em matéria de *ne bis in idem*, incumbe questionar acerca da implementação deste princípio-garantia, do avanço rumo a uma cultura penal internacional mais protetora dos direitos humanos e das garantias de defesa e sobre qual o papel dos tribunais no desenvolvimento dessa cultura.

A extensão da garantia *ne bis in idem* à esfera jurídica internacional (concretamente, ao domínio das relações inter-estaduais) já foi sufragada, ainda que de modo incipiente, por decisões jurisprudenciais pioneiras.

Em 1998, numa decisão proferida pelo Tribunal de 2ª instância de Piréus (Proc. N.º 634-635/4.5.1998) no âmbito de um processo de tráfico de estupefacientes, entendeu-se que, o art. 14.º, n.º 7 do PIDCP consagrava o princípio *ne bis in idem* internacional. De acordo com a jurisprudência daquele Tribunal, aquele normativo impedia as autoridades gregas de virem a apreciar a responsabilidade penal da mesma pessoa (relativamente aos mesmos fatos) quando esta já tivesse sido condenada ou absolvida num processo de uma jurisdição estrangeira. Este entendimento viria a ser mantido, no mesmo ano, numa outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça Grego - Areios Pagos, no processo N.º 1426/1999. Idêntica jurisprudência viria a ser adoptada no âmbito das decisões proferidas nos processos dos Tribunais de 2ª Instância de Piréus (Decisão N.º 286/1999), Tessalónica (Decisão N.º 603/1998) e Atenas (1574/1999)¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Vide, ANAGNOSTOPOULOS, I. *Greece - Ne bis in Idem*, ob. cit. p. 965.

O processo de implementação e internacionalização do princípio *ne bis in idem* tem, como contraponto, a superação de um paradigma que o contém nos limites da jurisdição estadual e deve ser acompanhado de um contexto epistemológico de matriz universalista em matéria de direitos fundamentais, cujo normativo mais emblemático radica no art. 14.º, n.º7 do PIDCP.

Contudo, o entendimento maioritário quanto ao âmbito de aplicação desta norma, propugna pela restrição da sua aplicabilidade ao domínio do direito interno de cada parte contratante. É esta a posição assumida pelo BGH¹⁶⁰ e pelo Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas¹⁶¹ os quais reiteraram expressamente que, aquela norma não tem validade nem aplicação fora da jurisdição interna. Esse entendimento ficou, aliás, vertido na Comunicação n.º 204/1986:

“(...) o art. 14.º, § 7 do Pacto, que o autor invoca, não garante o *ne bis in idem* no que concerne à jurisdição nacional de dois ou mais estados. O Comité observa que esta previsão apenas proíbe o *ne bis in idem* em relação a um crime cometido num determinado estado.”

Não subscrevemos este entendimento por várias razões.

Em primeiro lugar, porque tendo o PIDCP sido ratificado por um número muito significativo de Estados, reveste no campo dos direitos humanos grande importância simbólica, dado que representa um consenso alargado (produto de diversas culturas jurídicas), relativamente aos valores básicos que devem orientar a comunidade internacional nesta matéria. As normas do PIDCP possuem um efeito “irradiante” suscetível de orientar, não só a produção legislativa dos estados ratificantes, como a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais.

¹⁶⁰ Datada de 13.05.1997, NstZ (1998) p. 149 e citada por SPINELLIS, D.: “Global Report- The *ne bis in idem* principle in “global” instruments”, in *International Review of Penal Law*, vol.73, p. 1152.

¹⁶¹ Tradução nossa do inglês: “(...) since article 14, paragraph 7, of the Covenant, which the author invokes, does not guarantee non bis in idem with regard to the national jurisdictions of two or more states. The Committee observes that this provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given state.”, vide, *Communication No. 204 de 16.7.19986 (case Ap vs. Italy)*, documento consultado on line no sítio <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, acedido a partir do sítio www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-ptoeccao-dhu/orgaos-onu-dir-homem.html, em 26.04.09.

O reconhecimento do efeito *ne bis in idem* internacional à norma do art. 14.º, n.º7 do PIDCP abriria caminho a um processo de universalização deste princípio jurídico e a um reforço da sua natureza de direito fundamental e garantia processual, contribuindo para o incremento desses direitos e garantias processuais, numa escala mais alargada. Por outro lado, serviria de guia-interpretativo ou de referencial axiológico aos tribunais quando apreciassem e decidissem questões atinentes à aplicação de disposições *ne bis in idem* (contidas, nomeadamente, em instrumentos jurídicos internacionais) numa linha de coerência hermenêutica em benefício da certeza e segurança normativas.

Invocar que o art. 14.º, n.º7 do PIDCP constitui apenas uma manifestação do *ne bis in idem* interno não reveste grande alcance prático, isto porque a generalidade das legislações domésticas já o prevêem, como salienta Spinellis ¹⁶².

Aquele normativo contém um elenco de garantias do processo justo que constituem, segundo Schomburg: “(...) a maior conquista na promoção do processo justo dos últimos sessenta anos ¹⁶³.” Schomburg, apesar de reiterar a inaplicabilidade do art. 14.º, n.º7 do PIDCP ao domínio inter-estadual afirma, todavia, o seguinte:

“(...) Tradicionalmente, o indivíduo tem sido entendido como o objeto do direito internacional. Contudo, o PIDCP e a CEDH contribuíram para transformar esse estatuto de objecto em sujeito nos julgamentos internacionais ¹⁶⁴”

No relatório para o Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Secretário-Geral das Nações Unidas referiu, a propósito do mencionado normativo:

¹⁶² Vide, SPINELLIS, D. ob. cit, p. 1150.

¹⁶³ Tradução nossa do inglês: “(...) the greatest achievements in promoting the principle of due process over the past sixty years.” in SCHOMBURG, W.: *The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for fair trial rights*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009), Northwestern School of Law, p.1-28.

¹⁶⁴ Tradução nossa do inglês: “(...) Traditionnally, an individual has been perceived as an object of international law. However, the ICCPR and the ECtHR have contributed to transforming the status of an accused party from an object to a subject in international trials”. Vide, SCHOMBURG, W, ob. cit. p.5.

“É axiomático que o TPI tem que respeitar integralmente os *standards* internacionais relativos aos direitos dos acusados em todas as fases dos procedimentos. Na perspectiva do Secretário-Geral, esses *standards* internacionalmente reconhecidos encontram-se vertidos no art. 14.º do PIDCP¹⁶⁵”.

O processo de implementação do *ne bis in idem* no plano internacional e a superação dos obstáculos processuais e legislativos com os quais se tem deparado pode ser efetuado pela via jurisprudencial. Essa internacionalização deve partir da sua natureza principiológica tendo por base uma axiologia poliédrica e pluridimensional.

A natureza jurídica principialista do *ne bis in idem* outorga-lhe a ductilidade necessária a uma (potencial) aplicação a diversos ramos do ordenamento jurídico (administrativo-sancionatório e penal) e a contextos internormativos supra e trans-nacionais.

A supranacionalização do *ne bis in idem* através da jurisprudência não poderá, contudo, prescindir de uma fundamentação normativo-axiológica baseada, quer na dignidade da pessoa humana,¹⁶⁶ quer nos princípios da segurança, certeza jurídica e proporcionalidade, que operariam, neste processo, como equivalentes à regra de reconhecimento propugnada por Hart. Estes princípios, atenta a sua natureza de princípios estruturantes dos ordenamentos modernos, assentes no *rule of law*, funcionariam como substratos legitimadores do *ne bis in idem* internacional.

A nossa perspectiva propugna a sua ancoragem na tutela universal dos direitos fundamentais de carácter supranacional, particularmente dos direitos de defesa dos cidadãos individuais e das pessoas coletivas, visados em processos de

¹⁶⁵ Tradução nossa do inglês: “It is axiomatic that the International Tribunal must fully respect internationally recognized standards regarding the rights of the accused at all stages of the proceedings. In the view of the Secretary General, such internationally recognized standards are, in particular, contained in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights¹⁶⁵” *Vide*, Report of the Secretary General Pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808, entregue no Conselho de Segurança das Nações Unidas UN Doc S/25704 (3 maio, 1993), citado por SCHOMBURG, W, ob. cit. p. 2.

¹⁶⁶ Vejam-se ainda as conclusões do AG Ruiz Jarabo-Colomer no processo *Van Esbroek*, ponto 19: “(...) na base deste princípio encontram-se dois pilares de todo e qualquer sistema jurídico: a segurança jurídica e a equidade.”

natureza sancionatória. Assim sendo, a internacionalização daquele princípio deverá ser contextualizada num debate mais alargado, relativo aos direitos de defesa, em procedimentos sancionatórios.

Os tribunais devem procurar efetuar, nas decisões em matéria *ne bis in idem*, um enquadramento hermenêutico e epistemológico assente na transnacionalidade dos direitos de defesa assegurando um movimento expansivo que vá para além das fronteiras territoriais do estado e das configurações processuais dos direitos internos, com recurso à técnica jurisprudencial das referências cruzadas (também denominada de fertilização cruzada ou *cross fertilization*).

Efetivamente, tomando como ponto de partida os textos internacionais relativos aos direitos humanos e à interpretação que deles têm vindo a efetuar os tribunais internacionais e as instâncias europeias (sobretudo, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, o TEDH e o TJUE), é possível extrair cânones interpretativos que sirvam de guia e de suporte à aplicação do *ne bis in idem*, nos procedimentos sancionatórios transnacionais e, nos quais, o risco de duplas ou múltiplas perseguições (relativamente, aos mesmos sujeitos, pelos mesmos fatos) seja mais elevado.

Esse processo expansionista encontra-se já em construção no âmbito da UE, no domínio do ELSJ. Pese embora as devidas diferenças entre as esferas europeia e internacional, esse processo pode ser utilizado como fonte de inspiração para a transposição do *ne bis in idem* para a esfera internacional.

No entanto, constituindo os direitos de defesa direitos processuais, a sua aplicação prática é influenciada e conformada pelas normas processuais de cada estado. Atendendo a que no atual estágio de evolução da cooperação judiciária internacional não existe harmonização processual penal, a única forma de vir a obter um reconhecimento internacional do princípio *ne bis in idem* é por via jurisprudencial e axiológica, sob impulso da *cross fertilization*.

Esta metodologia de decisão judiciária parte do recurso a elementos normativos, doutrinários e jurisprudenciais (oriundos de outros sistemas ou de

instrumentos jurídicos internacionais) para modelar decisões de casos concretos noutras jurisdições.

Esta via apresenta inúmeras vantagens, designadamente permite obstar à procura incessante de consensos políticos e legislativos (superando uma certa paralisia neste domínio) e é suscetível de vir a gerar soluções de cariz tendencialmente universal, num processo de convergência dos direitos de defesa que protege os indivíduos e eleva os patamares de protecção (pelo menos, em relação às legislações internas de cariz mais repressivo). Permite ainda a criação de um modelo hermenêutico dos grandes instrumentos jurídicos internacionais, em matéria de direitos fundamentais, contribuindo para interpretações mais uniformes e consensuais desses direitos, reforçando a certeza e a segurança jurídicas.

Acresce ainda que a internacionalização do *ne bis in idem*, por esta via, permite aos aplicadores judiciais, adaptar e acomodar essas linhas interpretativas, ao caso concreto, bem como às características do sistema receptor:

“A constatação de que os direitos fundamentais são vetores de uma comunicação crescente entre as ordens e os sistemas jurídicos implica questionar a sua capacidade ou a sua propensão para abolir as fronteiras jurídicas entre os diferentes espaços e territórios normativos ¹⁶⁷”.

O papel desempenhado pelo TJUE, na interpretação e aplicação do direito da UE e do *ne bis in idem* constitui um exemplo das virtualidades da metodologia das “referências cruzadas” no contexto de um movimento “expansivo das garantias básicas”, como é o caso do *ne bis in idem*, uma vez que lhe incumbe, fornecer os critérios de interpretação e os fundamentos axiológicos de ordem

¹⁶⁷ Tradução nossa do francês: “Constater que les droits fondamentaux sont vecteurs d’une communication croissante entre les ordres et les systèmes juridiques nécessite de s’interroger sur leur capacité, leur propension à abolir les frontières juridiques entre les différents espaces et territoires normatifs.” DUBOUT, E. e TOUZE, S. *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, in “Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques”, (sous la direction de DUBOUT, E. e TOUZÉ, S), Paris, Editions A. Pedone, 2009, p. 11-35.

estrutural que, “atendendo aos fundamentos e à finalidade da norma, indiquem a direcção mais conveniente (...)”¹⁶⁸.

Significa isto que é possível internacionalizar o princípio *ne bis in idem* através da via jurisprudencial se os tribunais, ancorados nos princípios imanentes aos instrumentos normativos de que dispõem e nas soluções ensaiadas noutros ordenamentos, lograrem definir cânones interpretativos sólidos, em nome da universalidade dos direitos e das garantias fundamentais. Atenta a variedade e a multiplicação de sistemas e normativos de direitos fundamentais é indispensável assegurar um mínimo de convergência entre eles¹⁶⁹.

O caso decidido pelo Tribunal de Milão e pela Corte Suprema di Cassazione Italiana constitui um exemplo da aplicação da técnica das referências cruzadas na internacionalização do *ne bis in idem* pela via judiciária.

1.2 A jurisprudência do Tribunal de Milão e da Corte Suprema di Cassazione Italiana: *ne bis in idem* e extradição

1.2.1 Enquadramento fático:

Em 12 de junho de 2012, um acórdão da Corte Suprema Di Cassazione Italiana debruçou-se sobre a previsão *ne bis in idem* ínsita no artigo 9.º da Convenção Europeia em matéria de Extradição interpretando-a à luz da jurisprudência do TEDH e do TJUE¹⁷⁰.

Nesse acórdão, o Supremo Tribunal Italiano anulou a decisão do Tribunal de Milão, proferida em 02 de julho de 2011, que determinara a entrega de um cidadão albanês às autoridades daquele país, no âmbito de um processo de extradição, tramitado ao abrigo da Convenção Europeia de Extradição de 1957. Aquele Supremo Tribunal entendeu que havia motivo de recusa do pedido

¹⁶⁸ Vide, ponto 37) das conclusões do AG Ruiz Jarabo - Colomer no acórdão *Van Esbroek*.

¹⁶⁹ DUBOUT, E. e TOUZÉ, S ob. cit. p. 17.

¹⁷⁰ Consultado em, 29 de novembro de 2012, no sítio: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo-penale/56-rapporti-giurisdizionali-con-la-autorite-straniere>.

efetuado pelas autoridades albanesas às autoridades italianas, com base na aplicação do princípio *ne bis in idem*, insito no art. 9º daquela Convenção.

A Corte Suprema Di Cassazione Italiana fez apelo à jurisprudência do TJUE (acórdãos C - 436/04 *Van Esbroek* e C-367/05 *Kraaijenbrink*) e do TEDH, relativamente à densificação do elemento *idem* e optou por aplicar uma conceção material ou naturalística do facto, em detrimento de uma conceção jurídica ou normativa¹⁷¹.

O órgão jurisdicional italiano efectuou uma análise comparativa entre os fatos que deram origem à decisão do tribunal albanês que motivou o pedido de extradição e a decisão do tribunal italiano (Tribunal de Santa Maria Capua Vetere) que havia também apreciado a responsabilidade penal do mesmo cidadão para concluir, à luz do critério naturalístico, que se tratavam dos mesmos fatos¹⁷².

A decisão italiana constitui, em nosso entendimento, um exemplo do potencial inerente à aplicação prática da metodologia da fertilização cruzada, enquanto instrumento de criação de um arquétipo supranacional de direitos de defesa.

O tribunal italiano, a fim de densificar os elementos que compõem o princípio *ne bis in idem* estabelecido no art. 9.º da CEME, realizou um exercício comparativo, recorrendo aos elementos jurisprudenciais extraídos de decisões de dois tribunais europeus (o TEDH e o TJUE), os quais, por sua vez, foram construídos a partir da interpretação da CEDH (Protocolo 7, art. 4.º) e do art. 54.º da CAAS.

Esta metodologia judiciária permite estabelecer um efeito “passarela” entre normativos que, numa primeira análise, se situam em contextos sistémicos

¹⁷¹ “6.2. Non dissimili da tale risultato ermeneutico appaiono, del resto, gli esiti del percorso giurisprudenziale da tempo intrapreso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che all’ riguardo, superando precedenti difformità di orientamento, ha provveduto ad armonizzare la propria interpretazioni del concetto di *idem factum* nella prospettiva di una dimensione Internazionale della fondamentale garanzia del *ne bis in idem* (Corte Edu, Grande Camera, Zolotoukhine c. Russia, 10 febbraio 2009).” p. 3.

¹⁷² “ (...) il critério dell’ identità dei fatti material, assumendo quali parametri di riferimento l’ insieme delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissolubilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio (...)” p.4.”

distintos através de um fenómeno de absorção ou de receção jurisprudencial que ultrapassa a mera atividade interpretativa. Vislumbra-se aqui um efeito de rutura com a visão estrita do positivismo jurídico e um processo de construção gradual de um *corpus iuris* de direito internacional de direitos humanos¹⁷³.

Esta metodologia de trabalho judiciário e a conceção universalista dos direitos humanos e das garantias fundamentais que lhe é inerente, tem vindo a ser sufragada, numa escala mais alargada, pelo Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem:

“O Tribunal Interamericano contribui para a construção do novo *ius gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais de direito (...) caracterizado pela intangibilidade do direito ao processo justo em sentido amplo, sedimentado no reconhecimento do *ius cogens* e instrumentalizado pelas consequentes obrigações *erga omnes* de proteção e erguido, em última análise, sobre o pleno respeito pelas garantias e direitos inerentes à pessoa humana¹⁷⁴.”

Para aquele tribunal, existe um verdadeiro *corpus iuris* de direito internacional de direitos humanos formado por um conjunto de instrumentos internacionais que constituem uma unidade sistémica que ultrapassa as diferenças regionais. Essa unidade sistémica advém da própria unidade da natureza humana¹⁷⁵.

A metodologia das referências cruzadas ou *cross fertilization* não se traduz apenas num processo de revelação e aplicação de soluções jurisprudenciais, princípios ou normativos jurídicos advenientes de outros ordenamentos. Trata-se de uma metodologia de decisão judiciária que comporta três etapas e, cuja aplicação, tem vindo a ser defendida no domínio do direito penal internacional de molde a permitir a transposição de princípios e soluções

¹⁷³ Neste sentido, vide HENNEBEL, L. ob. cit. p. 24.

¹⁷⁴ Tradução nossa do castelhano, “(...) la Corte Interamericana contribuye para la construcción del nuevo *ius gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (...), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *ius cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana”, Vide, CANÇADO TRINDADE, A, in Avis Consultif, CourIADH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 Septiembre 2003, OC-18/03, Série A, n.º18, § 89.

¹⁷⁵ Vide, HENNEBEL, L, ob. cit. p. 26.

do direito penal interno para aquela dimensão internacional, num processo que a doutrina apelida de hibridização.

Essa hibridização, ancorada na técnica da fertilização cruzada, pressupõe num primeiro momento, um exercício comparativo entre as soluções normativas de cada sistema; num segundo momento, uma operação de síntese entre eles e a combinação dos diversos elementos e, finalmente numa terceira etapa; a criação de uma gramática legal comum¹⁷⁶.

Este processo combinatório abre caminho à emergência de uma lógica normativa qualitativamente distinta da lógica do direito interno, possibilitando o alargamento progressivo dos sistemas jurídicos e a sistematização de “princípios – guia”¹⁷⁷.

A dificuldade em reconhecer legislativa e doutrinariamente uma dimensão internacional ao princípio *ne bis in idem* pode ser mitigada pelo recurso jurisprudencial à técnica das referências cruzadas. À semelhança do que fez a Corte Suprema Di Cassazione Italiana no acórdão referido, é possível aos tribunais, pela via interpretativa e numa lógica casuística, expandir o efeito de protecção *ne bis in idem* aplicando soluções jurisprudenciais como as do TEDH e do TJUE, ancorando essa aplicação numa lógica de tutela internacional dos direitos de defesa.

Nos capítulos subsequentes, analisar-se-à a génese do *ne bis in idem* na UE contextualizando-a no debate em torno dos direitos fundamentais e das garantias processuais, a fim de avaliar em que medida o modelo europeu pode ser transposto para outras sedes jurisdicionais.

¹⁷⁶ Vide, DELMAS-MARTY, M.: *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), Oxford University Press, p. 13-25.

¹⁷⁷ Vide, DELMAS-MARTY, ob. cit.p. 21.

Síntese - I Parte

1. As origens históricas do *ne bis in idem* remontam à antiguidade clássica, pese embora, este haja adquirido maior expressão e efetividade no direito e no processo penal, com o dealbar do Iluminismo e da Modernidade;
2. apesar do seu *rationale* fundar-se, sobretudo, na tutela da dignidade da pessoa humana e na necessidade de limitar os poderes punitivos estaduais, o *ne bis in idem* assume um carácter poliédrico, uma vez que, considerações de segurança jurídica, equidade e a extensão da sua aplicação aos entes coletivos demandam o repensar dos seus fundamentos tradicionais;
3. o *ne bis in idem* encontra-se sujeito a um fenómeno de expansão geográfica, subjetiva e material;
4. essa expansão geográfica deve-se à crise do estado-nação e à emergência de atores institucionais de âmbito supra-estadual e ao reforço da integração em espaços pluri-normativos, como é o caso da UE;
5. o alargamento do seu âmbito subjetivo foi impulsionado pelas exigências de tratamento equitativo por parte dos entes coletivos que reclamam a aplicação à sua esfera jurídica;
6. a modificação do seu conteúdo material decorre não apenas dos seus elementos substantivos *bis* e *idem* mas também, do expetito de matérias que justificam essa aplicação, designadamente, as questões do direito da concorrência;
7. a aplicação transnacional do *ne bis in idem* (apesar do sucesso obtido na UE) revela dificuldades no domínio internacional dado que, nesta sede, não é unanimemente reconhecido enquanto norma de *ius*

cogens, nem enquanto princípio geral de direito internacional de caráter *erga omnes*;

8. isto, apesar de se mostrar consagrado em inúmeros instrumentos jurídicos bilaterais e multilaterais, quer em matéria de direitos humanos, quer no domínio da cooperação penal e auxílio mútuos;
9. as dificuldades da sua implementação prendem-se com as resistências dos estados em abdicar de uma parcela da sua soberania - o exercício da ação penal - em prol de uma jurisdição estrangeira;
10. o *ne bis in idem* para além de consagrado nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e nas matérias de cooperação judiciária e auxílios mútuos foi, também, incluído nos estatutos dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e Ruanda;
11. o ETPI contém previsões em matéria de *ne bis in idem* numa dupla vertente: no art. 20.º, enquanto regra de jurisdição que delimita as competências entre as jurisdições nacionais e aquele tribunal internacional e, no art. 89.º, n.º2 como motivo de recusa de entrega da pessoa;
12. no âmbito da jurisdição penal internacional o *ne bis in idem* não assume, plenamente, o seu carácter de garantia de defesa individual atentas as restrições previstas à sua operacionalidade no ETPI e ao fato de se encontrar funcionalmente adstrito ao princípio da complementaridade;
13. no plano internacional oferece uma protecção muito limitada que depende do contexto sistémico em que se insere (atenta a ausência de harmonização legislativa em matéria penal substantiva e processual) e da ausência de um mecanismo universal, vinculativo de alocação de competências jurisdicionais;
14. a emancipação do *ne bis in idem* internacional dependerá, por um lado, da vontade político-legislativa dos estados em estabelecerem tratados ou acordos internacionais (bilaterais ou multilaterais nessa

matéria) e, por outro, do papel pioneiro da jurisprudência, ao reconhecer o caráter *erga omnes* às disposições *ne bis in idem* contidas nos instrumentos jurídicos de direitos humanos;

15. através da técnica da fertilização cruzada (já adotada pelos Tribunais Constitucionais em diversas jurisdições) os tribunais podem acomodar em casos concretos, soluções garantísticas mais favoráveis aos visados em procedimentos sancionatórios, mediante a importação-adaptação de modelos e soluções advenientes de outros sistemas normativos;
16. a fertilização cruzada pode ser uma resposta (judiciária) adequada a minimizar a rigidez das legislações nacionais no tocante ao reconhecimento das decisões estrangeiras e atenuar as resistências soberanas dos estados, em nome de uma tutela judicial efetiva dos cidadãos e da universabilidade dos direitos de defesa;
17. a técnica da fertilização cruzada assenta em dois pressupostos essenciais: um de caráter axiológico e outro instrumental: o primeiro, consiste na universalidade dos direitos humanos, particularmente, dos direitos de defesa, o segundo, toma como referencial técnico os princípios jurídicos com vista à concretização da universalização desses direitos de defesa (entre os quais, o *ne bis in idem*);
18. os princípios jurídicos revestindo ductilidade, ao contrário das regras, permitem a flexibilidade criativa e criadora da jurisprudência;
19. esses princípios aliados à técnica das referências cruzadas providenciam a criação de um arquétipo (decisório) garantístico, de génese jurisprudencial suscetível de vir a ser aplicado às dimensões transnacionais do *ne bis in idem*.

II Parte – Génese e características do modelo deontológico europeu de garantias de defesa

Capítulo I

1. As etapas da construção dos direitos fundamentais e das garantias de defesa na UE

O processo de construção dos direitos fundamentais na UE pode ser analisado em três momentos respeitantes a etapas evolutivas distintas e que correspondem *grossa modo*, à forma como o discurso político-legislativo se posicionou perante este tema.

Numa primeira fase, que coincide com os primeiros anos da integração e o predomínio da vertente económica, esta matéria esteve arredada das preocupações políticas e institucionais dos EM quando se tratou de definir o rumo do projeto europeu.

Numa segunda etapa, que poderemos situar no dealbar dos anos noventa e que coincidiu com a consagração do estatuto da cidadania europeia (no Tratado de Maastricht) a temática dos direitos fundamentais colocou-se ao nível judiciário dado que, coube aos órgãos jurisdicionais da UE o processo de interpretação e aplicação desses direitos, em face da ausência de um catálogo europeu expresso e vinculativo.

Atualmente, esta temática encontra-se na vanguarda do discurso normativo da UE, por força da entrada em vigor das alterações ao art. 6.º do TUE, introduzidas pelo Tratado de Lisboa.

A questão reside (constatada a proliferação de instrumentos normativos que consagraram direitos fundamentais) na necessidade de encontrar uma hermenêutica que assegure a continuidade epistemológica entre eles. A necessidade de uma hermenêutica epistemologicamente coerente decorre das

exigências de segurança jurídica e individual que caracterizam os ordenamentos jurídicos democráticos, particularmente, nos casos que demandam a aplicação do *ne bis in idem*: “Uma dupla necessidade pode explicar o fato dos direitos fundamentais serem objeto de uma comunicação crescente entre acervos normativos distintos: uma necessidade de segurança, por um lado, e uma necessidade de legitimação, por outro”¹⁷⁸.

Um horizonte hermenêutico plurinormativo demanda maior segurança e legitimação do discurso normativo e judiciário em torno dos direitos fundamentais e das garantias de defesa. O aprofundar da integração europeia e o seu alargamento a várias esferas da vida política, económica e social é suscetível de provocar um efeito colateral de perigo para os direitos, liberdades e garantias se, não for acompanhado de idêntica lógica integradora e universalizante relativamente aos direitos e garantias fundamentais¹⁷⁹.

Neste contexto, entendemos que através da jurisprudência e dos princípios jurídicos (extraídos dos normativos que prevêm a garantia *ne bis in idem*) é possível arquitetar uma hermenêutica¹⁸⁰ geral, superadora das hermenêuticas regionais, compatível com uma tutela universal e efetiva dos direitos e garantias fundamentais.

Como afirma Paul Ricoeur: “(...) mas esse movimento de desregionalização não pode ser levado a bom termo, sem que, ao mesmo tempo, as preocupações propriamente epistemológicas da hermenêutica, ou seja, o seu esforço para se constituir num saber de reputação científica, estejam subordinadas a preocupações ontológicas, segundo as quais, compreender deixa de aparecer como um simples modo de conhecer para tornar-se uma maneira de ser...(...) o movimento de desregionalização faz-se acompanhar pois de um

¹⁷⁸ Tradução nossa do francês: “Un double besoin peut expliquer que les droits fondamentaux fassent l’objet d’une communication grandissant entre les ensembles juridiques distincts: un besoin de sécurité et d’une part, et un besoin de légitimité d’autre part.”, *vide* DUBOUT, E. e TOUZÉ, S, ob. cit, p. 17.

¹⁷⁹ Esta posição vai ao encontro da propugnada por TINIÈRE, R. *L’office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 135.

¹⁸⁰ RICOEUR, P. ob. cit, p. 24: “(...) a hermenêutica é a teoria das operações de compreensão na sua relação com a interpretação dos textos.”

movimento de radicalização pelo qual a hermenêutica se torna, não somente *geral* mas *fundamental* ¹⁸¹.”

Considerando que, o *ne bis in idem* mostra-se consagrado no art. 54.º e ss da CAAS, no art. 50.º da CDFUE e no art. 4.º do Protocolo 7, anexo à CEDH, a sua delimitação concetual implicará uma avaliação dos pressupostos normativos e axiológicos que enformam essas normas, da sua articulação com a ordem jurídica da UE, bem como do modo como esta se relaciona com o sistema da CEDH e procedeu à incorporação da CDFUE.

Atentas essas diversas manifestações do *ne bis in idem* o quadro hermenêutico a traçar terá que ser suficientemente flexível e dúctil, permitindo-nos alicerçar uma interpretação e aplicação práticas coerentes, num ordenamento jurídico pluralista, internormativo e, cujo desenvolvimento tem vindo de forma progressiva, a abranger áreas tão distintas como a cooperação penal e as matérias da concorrência.

No capítulo subsequente, iremos traçar a genealogia dos direitos fundamentais e das garantias de defesa na UE a fim de contextualizar o *ne bis in idem* e descortinar os elementos constituintes do modelo deôntico europeu.

2. Génese e características do sistema europeu de direitos fundamentais e garantias de defesa

Dinamismo e controvérsia são as duas características que assinalam e distinguem o processo de construção dos direitos fundamentais na UE. Tal dinamismo decorre das questões atinentes aos direitos humanos terem entrado nos últimos anos (mais concretamente desde o Tratado de Maastricht) na agenda política dos governos dos EM e controvérsia porqueanto, o processo legislativo de produção e catalogação de um núcleo vinculativo de direitos fundamentais europeus não tem sido pacífico, esbarrando nas questões da soberania, nas

¹⁸¹ RICOEUR, P. ob. cit. p. 24.

identidades e tradições constitucionais de cada uma das nações europeias e nas suas legislações internas.

A ideia de uma Europa unida do ponto de vista económico e político encontra-se pulverizada por reivindicações que fragmentam a projetada unidade e identidade culturais e a sua evolução assinala, precisamente, essas crises e tensões internas.

Historicamente, os diversos países da Europa sempre apresentaram diferenças culturais, linguísticas e políticas embora tais diferenças não olvidem um pano de fundo comum: a herança da racionalidade helénica enformada pela *res publica* romana e apropriada pela mundivivência judaico-cristã¹⁸².

A evolução civilizacional da Europa, materializada na *Aufklärung*, transportou consigo a implementação dos valores da preservação da dignidade humana, nas suas múltiplas dimensões. Foi na Europa que nasceram a modernidade filosófica e política, associadas a uma concepção do Homem como detentor de direitos por natureza. O pacto social assume-se como o fundamento e o limite na realização do político, numa clara superação do paradigma teocrático e absolutista dos séculos anteriores. Na verdade, os países europeus, apesar das suas inúmeras singularidades, têm partilhado entre si um património filosófico, religioso e cultural que lhes permite apelar a um substrato identitário comum, traduzido nos valores do Humanismo, da liberdade, da igualdade e da democracia, valores que constituem os (novos) postulados da *civitas* a partir do movimento Iluminista.

Um exemplo desse compromisso reside na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950. Este normativo enquadra-se, nas palavras de Irineu Cabral Barreto: “(...) no

¹⁸² Neste sentido, ENES, M.F: *Ideia de Europa e Construção Europeia: a propósito do «preâmbulo» da Constituição* In Cultura – Revista de História e Teoria das Ideias, Vol. XIX/2004, II série, Centro de História da Cultura, FCSHUNL, p. 17.

movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resumisse os valores políticos e culturais das democracias ocidentais.¹⁸³”

Também a criação do Conselho da Europa, em 5 de maio de 1949, representou o compromisso dos poderes públicos com a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que a convenção que o fundou concretizava, logo no seu art.1.º:

“A finalidade do Conselho da Europa é a de realizar uma união mais estreita entre os seus membros a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são seu património comum, e de favorecer o respectivo progresso económico e social.”

Os últimos anos têm sido pródigos em discursos públicos e políticos em torno da importância dos direitos fundamentais e que culminaram, aquando do Conselho Europeu de Nice de 2000, na proclamação da CDFUE por Nicole Fontaine (então presidente do Parlamento Europeu), Jacques Chirac (presidente do Conselho Europeu) e Romano Prodi (à data presidente da Comissão Europeia) a qual foi, assumidamente, o produto de uma Convenção e não da intergovernamentalidade. A génese deste processo revelou a dupla natureza daquele corpo normativo visto, por uns, como o produto de um verdadeiro processo constituinte (e, como tal, elemento fundador de uma nova ordem constitucional europeia) e, por outros, enquanto forma de consolidar os direitos fundamentais já decorrentes do acervo europeu, controlando ou limitando, a criação pretoriana daqueles direitos.

A defesa dos direitos humanos e a consagração das garantias processuais emergem como uma das facetas desse ideário comum e elemento, simultaneamente, distintivo e aglutinador do projeto europeu. Na verdade, foi essa tradição humanista que moldou os ordenamentos jurídicos europeus, traçando os contornos e os limites do poder punitivo, sendo a garantia *ne bis in idem* um exemplo desses limites.

¹⁸³ Neste sentido, BARRETO, I.C: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Editorial Notícias, 1995, p. 24.

A evolução dos direitos fundamentais na Europa é a história da sua positivização não só a um nível constitucional (ou supra-legal) mas também, em regras de procedimento, que previram o direito ao processo justo e equitativo e o compromisso dos seus povos com o respeito pela pessoa humana, no âmbito de uma epistemologia garantística¹⁸⁴.

Isto é tanto mais significativo quanto a criação de direitos fundamentais tem sido, essencialmente, obra dos tribunais da UE inspirados pela jurisprudência do TEDH e pelas tradições dos EM uma vez que, dos tratados originais não constavam quaisquer normas atinentes a esses direitos.

Todo o percurso de implementação do *ne bis in idem*, na UE, tem sido fruto do trabalho dos órgãos jurisdicionais europeus, designadamente, dos dois tribunais da UE, seja nas matérias que respeitam ao ELSJ, seja nas matérias que concernem ao direito da concorrência.

Ontologicamente, a UE constitui um espaço alargado de internormatividade, dado que, no seu âmbito, convivem fontes normativas de diferentes paternidades e os sistemas jurídicos coexistentes são abertos porquanto, recebem influências de diversas fontes normativas.

Johan Callewaert assinala, precisamente, a co-existência de três níveis de protecção dos direitos de defesa na Europa: nacional, da UE e da CEDH. Esses três níveis de protecção conduzem à pluralidade de fontes e de tribunais envolvidos na aplicação das diversas normas¹⁸⁵.

Peter Häberle, por seu turno, refere que a ordem jurídica constitucional (tradicionalmente monopolizada pelo Estado) desapareceu porque é incompatível com o estado constitucional cooperativo. Este corresponde a uma etapa da evolução do estado moderno, típica da sociedade aberta e plural em que pululam

¹⁸⁴ Vide, FERRAJOLI, L: *Derecho y razón- teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 33.

¹⁸⁵ CALLEWAERT, J. : *The privilege against Self-Incrimination in European Law, An Illustration of the impact of the Plurality of Courts and Legal Sources on the Protection of Fundamental Rights in Europe*, in ERA FORUM, 2004, volume 5, issue 4, Springer –Verlag, p. 488-498,

diversas normatividades e reivindicações identitárias e que se assume como a forma mais adequada de garantir e alcançar a cooperação internacional¹⁸⁶.

Assim sendo, a convivência de diversas fontes normativas exige do aplicador do direito um profundo labor interpretativo e exegético na sua acomodação processo que, nos últimos anos, tem sido protagonizado pelo judiciário.

O sistema europeu de direitos fundamentais firmou-se como um sistema de construção pretoriana, atenta essa pluralidade e ao fato dos tratados fundadores não conterem normas específicas atinentes aos direitos fundamentais nem um elenco de direitos ou cláusula geral de receção que definisse, expressamente, os critérios de identificação das fontes relevantes¹⁸⁷.

O embrião do sistema de protecção dos direitos fundamentais resultou, sobretudo, do estatuto de cidadania europeia introduzido pela revisão do Tratado de Maastricht. Essa revisão enxertou no TCE um conjunto de preceitos relacionados com o estatuto jurídico de cidadão europeu nomeadamente, o direito de livre circulação e de permanência no território da UE, o direito de petição, o direito de eleger e de ser eleito para o parlamento europeu no estado membro de residência, entre outros.

Coube, no entanto, ao juiz dos tribunais da UE identificar, de forma casuística, os direitos a proteger e que, por essa via, passaram a fazer parte dos direitos fundamentais. Essa maiêutica foi realizada com recurso aos princípios gerais de direito e às tradições constitucionais dos EM, ponderadas as especificidades da ordem jurídica europeia, num processo que não foi isento de dificuldades nem de “irritações sistémicas”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoria Constitucional de la sociedad aberta*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 257.

¹⁸⁷ Sobre este processo veja-se, entre outros, DUARTE, M. L., *União Europeia e Direitos Fundamentais-no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

¹⁸⁸ Tradicionalmente, a noção de sistema faz apelo a duas ordens de valores: a unidade e a coerência internas. Kant caracterizou o sistema como a «unidade sob uma ideia de conhecimentos variados», um organismo, o auto-desenvolvimento de uma forma interna que estabelece os seus próprios limites e resulta da ação conjunta de forças de atração e repulsão¹⁸⁸.

Porém, apesar da axiologia própria e da auto-referenciação que distingue sistemas entre si (entre os quais, os normativos) estes não são entidades fechadas mas abertas. Essa abertura resulta da sua capacidade de evolução e modificabilidade produto, não só da dinâmica da produção legislativa, jurisprudencial e do conhecimento científico mas, também, da sua exposição a fatores externos de “irritação”.

No âmbito da UE esses fatores de irritação sistémica foram sendo mitigados por via dos princípios desenvolvidos pelos tribunais da UE, destacando-se, particularmente, os princípios do primado e da interpretação conforme. Através deles foi possível afirmar a supremacia do direito europeu em face dos direitos nacionais, cimentando a sua autonomia axiológica.

Não obstante, o sistema da UE não é imune à ocorrência de “irritações” e conflitos, nomeadamente, quando contata com outros sistemas. A hipótese de conflitos de ordem sistémica coloca-se, com especial acuidade, no domínio dos direitos fundamentais e das garantias de defesa porque são matérias que, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa encontravam-se arredadas das competências da UE constituindo domínios de ordem pública estadual.

3. As origens do debate europeu em torno das garantias processuais em processos criminais e a definição de *standards* mínimos de defesa

3.1 Garantias de defesa em sistemas jurídicos multinível

A análise da dimensão garantística-processual do *ne bis in idem* na UE pressupõe a sua contextualização no âmbito do debate europeu sobre garantias de defesa.

Os sistemas penais da Europa contemporânea são herdeiros de um paradigma humanista traduzido na consagração de um acervo de garantias

Para SAVIGNY, no entanto, o sistema é a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras do Direito numa grande unidade”. Cannaris, por seu turno, reconduz a ideia de sistema a uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito.

processuais e substantivas dos cidadãos na sua relação com as autoridades públicas, no exercício do seu *ius puniendi*. As garantias processuais, na conceção propugnada por Ferrajoli consubstanciam um modelo deôntico, de carácter ético - político e que enformam o juízo penal desde a fase de recolha e produção da actividade probatória até à prolação da decisão final.

Ferrajoli salienta que as garantias de defesa são a “outra face dos direitos fundamentais” e consubstanciam “(...) técnicas jurídicas idóneas a assegurar o máximo de efetividade aos princípios normativos estabelecidos nas constituições (...)”¹⁸⁹.

Também para Robert Alexy, os direitos de defesa são configurados como direitos dos cidadãos contra o estado ou direitos a ações estaduais negativas¹⁹⁰. Nesta ótica, os direitos a ações negativas constituem direitos à não realização de uma intervenção em bens protegidos. A esse direito à não realização de uma intervenção corresponde o dever de não realizar essa intervenção, numa lógica de proibição do excesso da acção punitiva.

O suporte fático dos direitos fundamentais e o seu âmbito de protecção reportam-se ao que a norma de direito fundamental garante «prima facie», ou seja, sem levar em conta as possíveis restrições. Bens protegidos serão, por seu turno, as acções, as características, situações ou posições de direito ordinário que não podem ser afetadas, embaraçadas ou eliminadas. O conceito de intervenção constitui o supra conceito que engloba os de embaraço, afectação e eliminação.

No caso das normas que garantem direitos de defesa, o suporte fático é composto pelo bem protegido e pela intervenção, materializada nas normas que regem o processo penal. Constituem, por isso, barómetros e elementos estruturantes da ordem pública constitucional nacional e implicam a opção por um dado modelo de relação entre o cidadão e o estado, nas suas múltiplas formas de exercício do *ius imperii*.

¹⁸⁹ Extraído da entrevista concedida pelo Prof. Ferrajoli a Maia da Costa e Mouraz Lopes, disponível na Revista Julgar online, n.º 6, Ano 2008, no sítio <http://sites.google.com/site/julgaronline>, consultado em 06 de maio de 2011.

¹⁹⁰ Vide ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo, 5ª edição alemã, Malheiros Editores, 2008.

Reportando-se à ordem jurídica da UE, Anabela Rodrigues afirma: “ (...) compreendem-se as cautelas que rodeiam a aproximação no domínio processual penal, um direito muito ligado ao modelo constitucionalmente consagrado de “Estado”. Para além disso, trata-se de um “direito vivo, muito ligado às práticas nacionais, que tendem a ser mantidas” e as estruturas, os atores e as fases processuais apresentam consideráveis diferenças nos EM ¹⁹¹.

As características específicas das garantias de defesa explicam, em parte, as dificuldades e resistências sentidas pelos EM em legislar a um nível supranacional em matéria de *ne bis in idem*. Não obstante, este princípio faz parte integrante do direito primário europeu, das tradições constitucionais dos EM e encontra-se vertido nos instrumentos do reconhecimento mútuo, enquanto fundamento de recusa (facultativa e obrigatória) da cooperação judiciária, em matéria penal. Porém, ao longo da última década, os debates institucionais atinentes à sua vigência no extinto III pilar e posteriormente no ELSJ, situaram-se no prisma do conflito de jurisdições tendo o *ne bis in idem* sido encarado, fundamentalmente, como um instrumento dirimente destes conflitos.

Em 2005, a Comissão Europeia encetou um processo de consulta aos EM (com o intuito de elaborar um Livro Verde sobre os conflitos de jurisdição e *ne bis in idem*) cujo enfoque era o estabelecimento de consensos com vista à definição de regras preventivas dos conflitos de jurisdição. Nesse documento, a Comissão assinalava que: “À medida que a criminalidade adquire uma dimensão internacional, a justiça penal da UE está cada vez mais confrontada com situações em que vários Estados – Membros têm competência para julgar o mesmo caso”. Foi, portanto, com o intuito de prevenir tais conflitos e concentrar os processos numa única jurisdição que a Comissão encetou consultas entre os EM relativamente a esta temática.

Todavia, se por um lado, a contextualização do *ne bis in idem* em matéria de conflito de jurisdições teve o mérito de lançar a discussão relativamente à sua

¹⁹¹ RODRIGUES, A.: *Anotação ao art. 82.º do TFUE*, in Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado AA.VV (Lopes Porto, M, e Anastácio,G.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 431.

aplicação fora do quadro das fronteiras nacionais, por outro lado inibiu a aprovação de medidas legislativas que o contemplassem. Esse bloqueio legislativo deveu-se, sobretudo, à ausência de acordo político entre os EM quanto à inserção, nos tratados ou em textos normativos de direito secundário, de um mecanismo vinculativo de escolha de jurisdição.

Defendemos, por isso, a autonomização e a emancipação deste princípio, relativamente àquela problemática, situando-o no domínio dos direitos de defesa nos quais radica a sua ontogenética. Consequentemente, o debate europeu respeitante ao *ne bis in idem* deverá ser reorientado para um contexto mais alargado que compreenda as garantias de defesa em procedimentos sancionatórios *lato sensu*.

Por essa razão, defendemos que deveria ter sido incluído no Programa de Estocolmo no tocante às garantias processuais. Essa inclusão aportaria inúmeras vantagens:

- i. excluir o *ne bis in idem* do debate europeu em matéria de direitos de defesa constitui uma oportunidade perdida para incrementar o estatuto dos direitos de defesa em contextos transnacionais;
- ii. em contrapartida, a sua inclusão nessa sede e a aprovação de medidas legislativas concretas, acarretaria uniformidade e certeza jurídicas à interpretação e aplicação dos instrumentos do reconhecimento mútuo;
- iii. minimizaria, de certa forma, a ausência de um mecanismo vinculativo de escolha da jurisdição quando estão em causa conflitos positivos;
- iv. introduziria um equilíbrio entre a cooperação judicial e os direitos individuais, reforçando a confiança recíproca.

É, precisamente, a necessidade de reforçar a dimensão protetiva dos direitos individuais no ELSJ, de clarificar concetualmente os instrumentos do reconhecimento mútuo (em nome da segurança e da certeza jurídicas) e de contribuir para a criação de uma gramática normativa (que reforce a confiança entre sistemas distintos) que se impõe, em nosso entender, a deslocação da esfera de análise do *ne bis in idem* dos conflitos de jurisdição para a ótica dos direitos

de defesa em processos penais e sancionatórios transnacionais.

Há vários anos (pelo menos, desde o início da década de 2000) que se tem vindo a fazer sentir a necessidade de clarificação, por via legislativa, dos elementos que compõem o *ne bis in idem*. Na Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu relativa ao reconhecimento mútuo das decisões finais em matéria penal, datada de 26.07.2000¹⁹², aquela instituição previra já a necessidade de se iniciarem trabalhos relativos a determinados aspetos do direito processual e ao estabelecimento de um conjunto mínimo de disposições comuns. Nesse documento, a Comissão estabelecia uma ligação entre *ne bis in idem* e reconhecimento mútuo, apontando o primeiro como uma condição essencial da realização integral do segundo e admitindo a necessidade de vir a aprovar instrumentos jurídicos que regulassem, mais claramente, o princípio *ne bis in idem*.

No entanto, ao longo de toda a década de 2000 essa clarificação concetual não veio a ser efetuada pelo legislador mas pelos juízes do TJUE, através de um prolífico *case law*. Se percorrermos os acordãos proferidos nos últimos anos pelo TJUE relativos à interpretação do art. 54.º da CAAS constata-se que o tribunal foca-se, sobretudo, na elucidação dos elementos *bis* e *idem* que enformam aquele princípio. Todavia, a linha argumentativa seguida pelos juizes assenta numa lógica funcionalista em que a natureza jurídica do preceito, na sua dimensão de direito-garantia processual não é amplamente explorada e antes surge ligada ao princípio do reconhecimento mútuo e à liberdade de circulação de pessoas, no contexto da UE.

Efetivamente, no Acórdão *Miraglia* (C- 469/03) o TJUE salienta que: “ (...) é dado assente que, o art. 54.º da CAAS tem por objetivo evitar que, pelo facto de exercer o seu direito de livre circulação, uma pessoa seja, pelos mesmos factos, alvo de ação penal no território dos estados membros (...)”.

No Acórdão *Gasparini* (C-467/04) o TJUE, pese embora não caracterize

¹⁹² COM (2000) 495 final, consultado no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0495:FIN:EN:PDF>, em 17.02.2012.

diretamente o *ne bis in idem* como garantia processual dos cidadãos esclarece que, o normativo do art. 54.º da CAAS constitui uma “(...) disposição que assegura a paz cívica das pessoas que, depois de terem sido objeto de procedimentos criminais, foram definitivamente julgadas.”.

Não obstante, as alegações do AG Ruiz Jarabo-Colomer, no âmbito do processo *Van Esbroek*, são elucidativas no que toca à caracterização da natureza jurídica do *ne bis in idem*. O AG salienta que, são as exigências de segurança e equidade que estão na base daquele princípio e associa o *ne bis in idem* à figura do caso julgado, configurando-o como uma “exigência estrutural do sistema jurídico” ao mesmo tempo que lhe outorga o estatuto de garantia individual considerando-o uma manifestação da tutela judicial do cidadão frente ao *ius puniendi*, derivada do direito ao *due process* e ao julgamento justo¹⁹³. Mais adiante, o AG salienta ainda que “(...) a proibição do princípio *ne bis in idem* não é de natureza processual constituindo, pelo contrário, uma garantia fundamental dos cidadãos nos sistemas jurídicos que, como os dos membros da UE, assentam no reconhecimento ao indivíduo de um conjunto de direitos, liberdades perante a ação dos poderes públicos (...)”¹⁹⁴.

A natureza de garantia processual do *ne bis in idem* também não é assinalada nem assumida, de forma muito evidente, nas decisões proferidas pelo TJUE, inferindo-se, sobretudo, a partir das linhas narrativas seguidas pelos advogados gerais, nas respetivas alegações.

Em 08.04.2008 Ruiz Jarabo-Colomer, no processo *Bourqain* (C - 297/07) explora, de forma mais profunda, esta vertente garantística do *ne bis in idem* salientando a sua natureza jurídica de garantia individual, intrinsecamente, ligada aos direitos de defesa do cidadão¹⁹⁵. Ruiz Jarabo-Colomer relembra os

¹⁹³ Vide pontos 19) e 21).

¹⁹⁴ Vide ponto 33) das mencionadas alegações.

¹⁹⁵ “46. Bien qu’elle ait sa source dans le champ abstrait de la coopération entre États, la reconnaissance mutuelle se matérialise dans ce que les garanties individuelles ont de plus tangible (48) et conduit à la vérification de *standards* usuels dans le domaine des droits subjectifs, où son invocation habituelle par les opérateurs juridiques accroît la probabilité d’arriver à une compréhension commune.” “48. Mais je ne vois aucun inconvénient à compléter les normes (sans les remplacer) d’une coopération entre États fondée sur la confiance mutuelle par une vision tendant à appliquer les droits fondamentaux comme point de

fundamentos tradicionais em que assenta aquele princípio geral; a segurança jurídica e o respeito pelo caso julgado, estabelecendo, simultaneamente, a ponte para as novas dimensões do *ne bis in idem*, na vertente transnacional. Dimensões que se prendem com a consagração daquele princípio como direito individual. Para o AG, a dinâmica da integração e da confiança penal entre os EM assenta na tutela do cidadão e dos seus direitos fundamentais.

Do ponto de vista argumentativo, o discurso do AG é mais rico e audacioso do que o utilizado pelo órgão jurisdicional. Constatase, da leitura das conclusões proferidas neste processo, a emergência de um discurso judiciário humanista e protetor dos direitos individuais, pautado por uma lógica menos funcionalista (e mais distanciada dos interesses da livre circulação e do mercado interno) e mais próxima do *ne bis in idem* enquanto direito de defesa do cidadão face à multiplicidade da ação punitiva estadual.

No entanto, apesar deste (aparente) pioneirismo jurisprudencial relativamente à temática dos direitos de defesa, as origens do debate europeu em torno das garantias no processo penal radicam nas reflexões do grupo de especialistas envolvidos na implementação do projeto do *Corpus Juris*. Esta foi a primeira tentativa de esboçar um quadro legislativo para sistematizar um conjunto de direitos processuais a fim de vigorarem no contexto da integração penal europeia. Nesse âmbito ficou assente que a criação de uma área legal europeia (então orientada, exclusivamente, para a protecção dos interesses financeiros da UE) implicava esforços de harmonização processual, reunidos em torno de grandes princípios fundamentais: no princípio da territorialidade europeu, na instituição do controlo judicial efetivo, no procedimento contraditório e na subsidiariedade das legislações nacionais. O projeto do *Corpus Juris* assentava no combate à fraude contra os interesses financeiros da UE (por

référence, car le *ne bis in idem* s'analyse, face au *ius puniendi*, comme une émanation de la protection juridictionnelle qui découle du droit à un procès équitable et il a d'ailleurs rang constitutionnel dans certains des États parties au système de Schengen.” Conclusões consultadas no sítio http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=8&level1=10784&level2=10852&level3=11_51&textid=29524, em 17.02.2012.

via da construção de tipos incriminadores especificamente vocacionados à repressão daqueles delitos) com recurso à aplicação de um código de procedimento criminal uniforme e à criação de uma Procuradoria Europeia, com funções de investigação próprias¹⁹⁶.

A razão pela qual defendemos que o embrião das garantias processuais no direito penal europeu se alicerçou no projeto do *Corpus Juris*, radica no facto do art. 29.º daquele projeto (sob a epígrafe, Direitos do Acusado) prever já, com base no art. 6.º da CEDH e no art. 10.º do PIDCP, o direito do acusado a conhecer as queixas deduzidas contra si, o direito a ser assistido por um defensor e por um intérprete (se necessário) bem como o direito a permanecer em silêncio. Resultava ainda da proposta do *Corpus Juris* que, o reconhecimento desses direitos era devido desde os primeiros interrogatórios policiais, ou seja, desde que as autoridades tivessem conhecimento da existência de indícios da prática de crime envolvendo aquele cidadão¹⁹⁷.

Apesar do *Corpus Juris* europeu não ter avançado, na prática, ficaram lançadas as bases desse debate, as quais, viriam anos depois a ser aprofundadas no Programa de Estocolmo¹⁹⁸. Mas o debate europeu, em torno das garantias processuais, não foi inaugurado com o Programa de Estocolmo, uma vez que, já fora objeto de uma Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, datada de 26 de julho de 2000. Nesse documento, as garantias de defesa foram reconhecidas como imprescindíveis no âmbito do Programa de Medidas para a Implementação do Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões em

¹⁹⁶ No ponto 3.2 da exposição de motivos que acompanhava o projeto, os seus autores defendiam que, em matéria processual e probatória, a harmonização legislativa era, sem dúvida, mais difícil de realizar, considerando a extrema diversidade dos sistemas nacionais, que condicionava as regras de direito substantivo e a eficácia dos sistemas penais, conduzindo a situações práticas de impunidade de uns e repressão desnecessária sobre outros. Vide, AA.VV (dir. DELMAS-MARTY, M.), *Corpus Juris, Introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Paris, Economica, p. 35.

¹⁹⁷ “2 - A person may not be heard as a witness but must be treated as accused from the point when any step is taken establishing denouncing or revealing the existence of clear and consistent evidence of guilt and, at the latest, from the first questioning by an authority aware of the existence of such evidence”, Vide SPENCER, J.R *EU fair trial rights – progress at last*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol.1, n.º4, 2010, Mortsel, Belgium, Intersentia, p.447-457.

¹⁹⁸ Concebido para vigorar no período 2010-2014.

Matéria Criminal, que viria a ser adoptado em 15.01.2001. No programa de medidas assinalou-se que, a implementação do princípio do reconhecimento mútuo dependeria da adoção de um conjunto de parâmetros determinantes da sua eficácia, entre os quais, a definição de um núcleo de direitos básicos de defesa dos arguidos e suspeitos em processos penais.

Apesar daquelas iniciativas augurarem uma frutuosa discussão em torno destas questões, o posterior abandono do projeto do *Corpus Yuris* e a consagração do reconhecimento mútuo como «pedra angular» da cooperação judiciária e policial em matéria penal marcou um retrocesso nesta evolução.

Para Spencer, a via do reconhecimento mútuo representou a opção por um modelo de garantias processuais de “tipo horizontal” em detrimento de uma intervenção de tipo “vertical ou harmonizadora”¹⁹⁹ de que a aprovação da DQMDE (sem que houvesse um normativo europeu em matéria de direitos processuais mínimos) foi um exemplo acabado.

A iniciativa legislativa e institucional da Comissão, quanto à elaboração de um Livro Verde sobre garantias processuais dos suspeitos e arguidos em procedimentos criminais, só viria a ocorrer em 19 de fevereiro de 2003, data em se iniciou o processo de consultas públicas que culminou na apresentação, em 28.04.2004, de uma proposta de DQ relativa à consagração de “certos direitos processuais em procedimentos criminais na UE”.

No Livro Verde encontravam-se, inicialmente, descritos um elenco de onze direitos considerados fundamentais, entre os quais, o princípio *ne bis in idem* (previsto na alínea k) que foi, posteriormente, retirado dado que a República Helénica propôs-se apresentar uma iniciativa específica para essa temática²⁰⁰.

¹⁹⁹ SPENCER, J.R. ob. cit. p. 449.

²⁰⁰ “The Commission reiterates that this draft Framework Decision is a first step and that other measures are envisaged over the next few years (...)” Esta ausência fora assinalada (no âmbito das consultas e discussões públicas) pela *Liberty* nos seguintes moldes: “It is a weakness of this Green Paper that it does not address certain critical rights, namely the right to bail, the right to have evidence handled fairly; symmetry in sentencing; double jeopardy; and trials in absentia (...)”.

O objetivo que presidiu à iniciativa da Comissão prendia-se com a necessidade de assegurar, no espaço da UE, um nível de protecção equivalente a todos os suspeitos e arguidos, facilitando o reconhecimento mútuo das decisões judiciais e encorajando o respeito sistemático pelas garantias processuais.

No entanto, o passo mais significativo neste domínio foi a proposta de decisão quadro apresentada pela Comissão Europeia ao Conselho da UE, em 28.04.2004²⁰¹ relativa a certos direitos processuais em procedimentos criminais, subsequente à apresentação do Livro Verde. Essa iniciativa partiu da constatação que a evolução da UE, na dimensão garantística dos direitos fundamentais (e, em especial, o desenvolvimento do ELSJ), não seria possível sem a criação de um corpo normativo que definisse e concretizasse, de forma cabal, os direitos processuais dos indivíduos nos processos criminais. A proposta pretendia ir ao encontro do Programa de Medidas para a Implementação do Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões Criminais, de cujas previsões constava a necessidade de garantir mecanismos de defesa dos cidadãos em processos criminais e a definição de um conjunto de regras mínimas que facilitassem a aplicação daquele princípio. Para além de facilitar a implementação do reconhecimento mútuo pretendia-se abrir caminho à institucionalização de um *standard* comum de defesa dos direitos dos arguidos, em consonância com o nível de garantias já assegurado pela CEDH, no contexto dos arts. 5.º e 6.º.

No considerando 20) a Comissão reiterava que, aquela iniciativa legislativa destinava-se a reforçar os direitos fundamentais reconhecidos pelo art. 6.º do TUE e reafirmados pela CDFUE, designadamente, nos artigos 47.º a 50.º.

A necessidade de assegurar a tutela prática e efetiva dos direitos de defesa em procedimentos criminais insere-se, todavia, num movimento mais vasto de consolidação dos direitos fundamentais no contexto europeu.

Na verdade, o art. 6.º do TUE, a adopção da CDFUE (embora, à data, ainda sem carácter vinculativo) e a CEDH (sobretudo, os arts. 5º e 6º) constituíram fontes inspiradoras desta axiologia protetora e garantística que se havia iniciado

²⁰¹ Vide, o documento COM (2004) 328.

em 2003, quando a Comissão organizara o processo de consultas aos EM, no contexto do Livro Verde sobre Garantias Processuais dos Suspeitos e Arguidos em Procedimentos Criminais. A Comissão considerou que, se justificava uma atuação de nível supranacional porque só esta poderia garantir a assunção de padrões comuns. É que, apesar de todos os EM serem, simultaneamente, partes contratantes da CEDH, subsistiam entre eles diversos graus de aplicação prática daquelas disposições.

O núcleo de direitos contemplados na decisão - quadro limitava-se aos seguintes:

- i. acesso a aconselhamento legal (na fase pré e pós julgamento);
- ii. acesso a mecanismos de interpretação e tradução de documentos e atos processuais;
- iii. proteção de suspeitos mais vulneráveis;
- iv. direito a comunicar com as autoridades consulares do seu país de origem, nos casos de arguidos/suspeitos estrangeiros;
- v. notificação dos direitos aos suspeitos através da aprovação de uma carta de direitos.

A Comissão entendeu que este conjunto de direitos (longe de esgotar a panóplia de direitos processuais cuja observância comum se impunha) constituía um grupo prioritário. Essa prioridade decorria do fato destes serem os que influenciavam, de forma imediata, a operacionalização do reconhecimento mútuo e o respeito pelos normativos da CEDH e da CDFUE, relativamente, aos conceitos de *fair trial*.

Estes direitos, tal como resulta do texto do art. 1.º, são aplicáveis a toda a pessoa (independentemente daquela ser ou não cidadão da UE) a partir do momento em que é informada de que é suspeita da prática de um crime. Analisando o elenco constante da proposta de DQ resulta que esta é omissa no que tange ao *ne bis in idem*.

Duas ordens de razões podem explicar a ausência do princípio *ne bis in idem* do debate e das iniciativas legislativas europeias atinentes às garantias de

defesa. A primeira razão prende-se, na nossa ótica, com razões de ordem política e a consequente adoção de uma lógica cautelosa de atuação *step by step*. Aliás, na exposição de motivos que acompanha a proposta, a Comissão reconhece que o núcleo de direitos ali contemplados fica muito aquém das reais necessidades que a implementação de um ELSJ exigiria.

A segunda razão, funda-se nas particularidades do *ne bis in idem* (designadamente, as suas implicações imediatas na competência penal das jurisdições estaduais). Constituindo aquele um direito de defesa negativo a sua invocação perante uma autoridade judiciária ou policial de um estado membro poderá conduzir à preclusão da ação penal ou à suspensão do processo contra aquela pessoa quanto aos mesmos fatos. A consequência imediata será a restrição do *ius puniendi* do estado membro contra o qual foi invocada pelo cidadão visado, a garantia *ne bis in idem*.

As consequências de uma iniciativa político-legislativa europeia quanto à aplicação da garantia *ne bis in idem* não reúne consenso entre os EM. Numa primeira fase, países como o Reino Unido deram grande apoio a essa iniciativa, apoio que ficou espelhado num documento emitido pelo *Home Office Consultation*, datado de Março de 2005, no qual, a posição do governo britânico era descrita nos seguintes termos: “O governo crê que estes mínimos denominadores comuns aportarão maior clareza aos direitos de defesa dos cidadãos europeus (incluindo os do Reino Unido) em processos criminais na União Europeia. O governo considera que os conteúdos mínimos incluídos na proposta de decisão quadro asseguram um nível adequado de garantismo bem como a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, pedra angular de uma efetiva cooperação judiciária na União Europeia²⁰²”.

²⁰² Referência extraída de SPENCER, J.R, ob. cit.p. 450, tradução nossa do inglês: “The government believes that these common minimum standards would provide increased clarity to EU (including UK) nationals as to their rights in criminal proceedings throughout the EU. The Government considers minimum standards within the proposed Framework Decision are set at an appropriate level and would ensure the application of the principle of mutual recognition, the corner stone of effective judicial co-operation in the European Union.”

Todavia, em dezembro de 2005 a posição do governo britânico (secundada pela República da Irlanda, Chipre, República Checa e Eslováquia) sofreu um importante revés e a proposta de DQ (que carecia de unanimidade no Conselho) não foi aprovada por falta de consenso político ²⁰³.

Aqueles EM ²⁰⁴ assinalaram a inadmissibilidade legal dessa iniciativa, tomada com base no art. 31.º, n.º 1 c) do TUE (na redação do Tratado de Nice), invocando que contrariava o princípio da subsidiariedade, traria dificuldades de ordem técnica e seria, eventualmente, contraproducente por poder conduzir a um nivelamento por baixo dos direitos nela compreendidos relativamente aos constantes de outros instrumentos normativos, como a CEDH ²⁰⁵.

A questão dos direitos processuais em procedimentos criminais veio a ser retomada no relatório do *The Justice Future Group* apresentado, em 07 de julho de 2008 à Comissão Europeia e que esteve na génese do Programa Multianual (2010-2014) relativo às matérias do ELSJ.

Nesse contexto, foi reconhecido que só por si o princípio do reconhecimento mútuo não era suficiente para assegurar um nível de protecção adequado aos cidadãos visados em procedimentos criminais. Nesta medida, haveria que ter por base os *standards* de protecção comum emanados, quer da CEDH, quer dos recursos jurisdicionais pré-existentes, a nível nacional. No ponto 18) do relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho constava que: “Assegurar os direitos dos cidadãos envolve aspectos distintos: garantir um alto nível de protecção dos seus direitos em investigações e procedimentos criminais em toda a Europa, sejam eles vítimas, suspeitos ou testemunhas. Melhorar o

²⁰³ Em suporte desta afirmação, veja-se a posição assumida pelo Minister of Justice, Equality and Law Reform da Irlanda, a propósito do processo de consultas públicas iniciado pela Comissão Europeia em torno das garantias processuais mínimas e supra mencionadas:

«The Green Paper (...) seeks to introduce obligations which would apply internally in each member state. This is outside the scope of article 31 and breaches the principle of subsidiarity.», consultado no URL, http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/criminal/procedural/fsj_criminal_responses_en.htm, consultado em 09.05.2009.

²⁰⁴ Reportamo-nos, em concreto, às posições veiculadas pelo Reino Unido, Irlanda, Chipre, Eslováquia e República Checa.

²⁰⁵ Neste sentido, FLORE, D. : *Droit Pénal Européen - les enjeux d’une justice pénale européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, p. 298.

acesso dos cidadãos à justiça permitindo-lhes exercer efetivamente os seus direitos para além das fronteiras nacionais.²⁰⁶»

A apresentação, pela Presidência Sueca, a 08 de julho de 2009, de um projeto de diretiva que estabelecia direitos mínimos de protecção dos arguidos e suspeitos, em processos penais com implicações transfronteiriças, trouxe um novo impulso ao estatuto das garantias processuais na UE. Essa iniciativa possibilitava que a médio prazo fossem progressivamente aprovados um conjunto de normativos que contemplassem diferentes direitos.

Após o fracasso da proposta da Comissão Europeia de 2004²⁰⁷, a estratégia seguida mostrou-se menos ambiciosa. Na verdade, em vez de se procurar aprovar um documento único contendo um conjunto de direitos básicos, optou-se pela elaboração de uma lista de seis medidas a serem discutidas e aprovadas separadamente, em diferentes atos legislativos²⁰⁸.

O estágio de evolução das garantias processuais na UE é (ainda) muito incipiente, uma vez que, a abordagem política do tema tem sido cautelosa e perspectivada numa lógica de pequenos passos devido à especial sensibilidade da questão.

Porém, diversas organizações têm estado atentas a estas temáticas sobretudo, depois do impasse criado pela rejeição, em 2004, da proposta de decisão quadro, em matérias de garantias de defesa nos procedimentos criminais. Um exemplo de ativismo não governamental, na área dos direitos processuais fundamentais, adveio da ECBA que, numa conferência ocorrida no Outono de 2009, em Estocolmo, organizou um painel (composto por diversos representantes de EM) no qual se traçou o quadro do estado atual dos direitos de defesa na UE,

²⁰⁶ Tradução nossa do inglês: “Securing citizen’s rights involves many different aspects: Ensuring a high degree of protection for their rights in criminal investigations and proceedings throughout Europe, whether they are involved as victims or suspects or witnesses. Improving citizen’s access to justice by enabling them to effectively assert their rights across national borders.”

²⁰⁷ COM (2004), 328 de 28.04.2004.

²⁰⁸ Vide a Resolução do Conselho da UE de 30 de novembro de 2009, publicada no JO C 295/1, de 4 de dezembro de 2009.

comentou-se e discutiu-se a proposta da presidência sueca quanto às garantias de defesa²⁰⁹.

A ECBA apesar de apoiar, publicamente, a iniciativa sueca salientou, no entanto, as suas insuficiências quanto à ausência de direitos essenciais como o direito do arguido ao silêncio e (assinalamos nós) a ausência de um compromisso expresso em relação ao *ne bis in idem*.

A nova proposta de DQ contemplou seis grupos de direitos: tradução e interpretação, direito à informação sobre os direitos e o conteúdo das queixas/acusações, apoio e assistência judiciária, comunicação com parentes, empregadores e autoridades consulares, protecção de grupos vulneráveis e finalmente, a elaboração de um Livro Verde sobre períodos de detenção prévios ao julgamento.

Encontram-se, presentemente, em vigor para transposição as Diretivas Relativas aos direitos de acesso à tradução e interpretação dos actos processuais (Diretiva 2010/64/EU do Parlamento e do Conselho Europeu)²¹⁰, a Diretiva Relativa ao direito à informação em processo penal (Diretiva 2012/13/UE)²¹¹ e a Diretiva 2013/48/EU relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal.²¹²

Este pacote de diretivas procurou atenuar o deficiente nível de garantismo processual nos procedimentos criminais na UE, alicerça-se nas directrizes do Programa de Estocolmo bem como no espírito de reforço da confiança nos sistemas penais de cada estado membro, subjacente ao princípio do reconhecimento mútuo.

A Diretiva 2012/13/UE do PE e do Conselho prevê a introdução de uma Carta de Direitos Processuais Europeia²¹³ aplicável a suspeitos e acusados, em procedimentos criminais na UE, procurando garantir - lhes a aplicação de um

²⁰⁹ Posição que pode ser consultada no sítio: www.ecba.org/extdocserv/letterBarrotapril09.pdf.

²¹⁰ Publicada no JO L 280/1 de 26.10.2010.

²¹¹ Publicada no JO L 142/1 de 01.06.2012.

²¹² Publicada no JO L 294/1 de 06.11.2013.

²¹³ É de salientar que, em anexo ao texto da diretiva, encontram-se dois modelos de Carta de Direitos dos suspeitos/arguidos que lhes deverão ser comunicados pelas autoridades policiais e/ou judiciárias.

conjunto mínimo de direitos processuais de informação, compatíveis com a diversidade actual dos sistemas processuais penais no contexto do ELSJ.

A escolha da diretiva como instrumento legislativo (que vincula quanto aos fins mas não impõe os meios) apresenta a vantagem de conceder aos EM uma larga margem de manobra na transposição dos respetivos conteúdos para o direito interno. Esta margem de manobra estadual permite obviar a eventuais bloqueios no Conselho, por via do recurso ao mecanismo do freio de emergência contido no art. 82.º, n.º 3 do TFUE, na redação do Tratado de Lisboa e reforça a legitimidade democrática das normas que vierem a ser aprovadas porque implica sempre a mediação dos Parlamentos nacionais.

A aprovação daquelas diretivas partiu do reconhecimento do deficiente nível de garantismo processual em procedimentos criminais na UE e corporiza o mandato constituinte, em matéria de direitos fundamentais, outorgado pelo Tratado de Lisboa e vertido nos arts. 6.º, n.ºs 1 e 3 do TUE, bem como, nos arts. 67.º, n.ºs 1 e 3 e art. 82.º, n.º 1 e 2 al. b) do TFUE.

As bases legais para a sua adoção radicam nesses normativos pelo que a sua aprovação inaugura um *acquis* europeu comum, em matéria de direitos processuais, outorgando visibilidade aos direitos previstos nos arts. 47.º e 48.º da CDFUE bem como aos que constam dos arts. 4.º, 5.º e 6.º da CEDH.²¹⁴

Alicerçam-se também nas diretrizes do Programa de Estocolmo e no espírito de reforço da confiança nos sistemas penais de cada estado membro, implícito no princípio do reconhecimento mútuo.

A consagração de direitos processuais sob a forma de diretiva, co-responsabiliza os EM pela sua observância permitindo, simultaneamente, envolver de forma direta, as autoridades policiais e judiciárias nacionais no seu cumprimento, quer quando aplicam legislação nacional, quer quando aplicam instrumentos do reconhecimento mútuo. Permite ainda ao TJUE sindicar a sua interpretação e aplicação pelos tribunais de cada país, designadamente, em sede

²¹⁴ Encerra-se assim a anterior polémica sobre a base jurídica da aproximação, nesta matéria, que não estava prevista nem no art. 29.º, nem no art. 31.º, n.º1 al.e) do TUE, *vide*, RODRIGUES, A, ob. cit. p. 430.

de reenvio prejudicial, por força do disposto no art. 19.º, n.º 3 al. b) do TUE e 267.º al. b) do TFUE e, eventualmente, em caso de não transposição, accionar os mecanismos de responsabilidade do EM, previstos no arts. 17.º, 258.º e 260.º, n.º3 do TFUE.

Apesar das diretivas exigirem um ato nacional de transposição (dado que, impõem aos estados a realização de certos objetivos concretos, deixando-lhes a escolha dos meios, para esse efeito e constituindo o meio preferencial da harmonização legislativa) podem, também, produzir efeitos na esfera jurídica dos particulares - trata-se do “efeito direto das diretivas”.²¹⁵ Se o Estado não transpõe a diretiva não pode prevalecer-se do seu conteúdo perante os particulares. Por outro lado, se a diretiva foi incorretamente transposta, a jurisprudência do TJUE (Acórdão *Tögel*, Proc. C-76/97) permite que o particular a invoque, jurisdicionalmente, contra o Estado incumpridor, obtendo o benefício da sua aplicação e a desaplicação das normas nacionais que se lhe oponham²¹⁶.

Apesar da ausência de iniciativas legislativas em matéria de *ne bis in idem*, o Programa de Estocolmo, na concretização do mandato conferido pelos tratados, aponta no sentido do reforço das garantias de defesa em processos penais na UE. Este Programa, na senda do paradigma humanista que enforma o atual panorama jurídico - institucional pretende, mediante a consolidação dos instrumentos jurídicos e dos recursos institucionais pré-existentes, aprofundar o sistema europeu de direitos fundamentais, nomeadamente, a tutela dos direitos individuais em procedimentos criminais. Esta dimensão é considerada um aspeto essencial na manutenção dos níveis de confiança dos cidadãos na actuação dos EM e da UE, bem como no reequilíbrio do binómio Liberdade - Segurança. Retoma-se a necessidade de adopção de um Roteiro que defina os direitos de defesa dos arguidos/suspeitos nos processos criminais, em cumprimento das

²¹⁵ Sobre este tema, na jurisprudência do TJUE vejam-se, exemplificativamente, os Acórdãos *SpA SACE c. Ministério das Finanças da Rep. Italiana*, proc. 33/70 e ainda o Ac. *Fratelli Costanzo*, proc. 103/88.

²¹⁶ Vide, GORJÃO- HENRIQUES, M. *Anotação ao Art. 288º do TFUE* in Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado, 2012, Almedina, p. 1031.

exigências do art. 82.º, n.º 2 al. b) do TFUE, no qual se prevê a adopção de regras mínimas sobre os direitos individuais em processo penal.

Subsequentemente, serão analisados os recursos previstos no Tratado de Lisboa e o potencial por estes revelado para, nos próximos anos, virem a assegurar o desenvolvimento das garantias de defesa nos procedimentos criminais transnacionais na UE.

3.2 O estatuto das garantias processuais na UE na era pós - Tratado de Lisboa: obstáculos e potencialidades

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa mandou a UE para legislar sobre garantias de defesa clarificando-se, por via do normativo ínsito no art. 82.º, n.º 2 al. b) do TFUE, o alcance e os limites das respetivas competências penais²¹⁷. Este normativo constitucionaliza o mandato europeu para legislar em tais matérias, constituindo uma base jurídica suficientemente sólida para sustentar futuras iniciativas legislativas neste domínio.

O Tratado de Lisboa introduziu, quer no TUE, quer no TFUE, profundas modificações na arquitetura institucional e normativa do extinto III pilar e se, por um lado, consagrou soluções que permitem incrementar o processo de integração normativa, por outro, contém também elementos contraditórios suscetíveis de comprometer um crescimento uniforme e homogéneo da cooperação em matéria penal, no ELSJ.

Em primeiro lugar, aboliu a estrutura dos pilares, uniformizou o processo decisório no Conselho da UE introduzindo o voto por maioria (em detrimento da unanimidade) e elegeu o recurso à diretiva como instrumento jurídico por excelência²¹⁸.

A liberdade de conformação que a diretiva outorga aos EM permite obviar a eventuais bloqueios no Conselho, por via do recurso ao mecanismo do freio de

²¹⁷ O qual entrou em vigor em 01/12/2009.

²¹⁸ Vide, SPRONKEN, T. : *Effective Defence -The Letter of Rights and the Salduz - Directive*, in *Defence Rights-International and European Developments*, Vermeulen, G. (ed), Maklu 2012, p. 87.

emergência contido no art. 82.º, n.º 3 do TFUE reforçando, simultaneamente, a legitimidade democrática das normas que vierem a ser aprovadas porquanto, implica sempre a mediação dos Parlamentos nacionais.

A introdução do voto por maioria no Conselho facilita ainda a aprovação de iniciativas legislativas por parte daquele órgão, abrindo caminho a uma maior celeridade na sua aprovação e pondo termo a negociações demoradas que acabavam, muitas das vezes, por inviabilizá-las. Contudo, o mesmo normativo acabou por prever um outro mecanismo que permitirá, em determinadas circunstâncias e mediante uma maioria de nove estados, travar as iniciativas legislativas que coloquem em causa “aspectos estruturantes do sistema penal dos estados”. Trata-se do chamado “freio de emergência” ou “cláusula de salvaguarda”. De acordo com o n.º 3 do art. 82.º do TFUE, o processo legislativo é suspenso quando um EM considere que o projeto de diretiva prejudica aspetos fundamentais do seu ordenamento jurídico e solicite que este seja submetido ao Conselho Europeu. Se, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão o projeto for aprovado é remetido ao Conselho Europeu, o qual declara o fim dessa suspensão e se, não houver acordo, nesse prazo, o projeto é abandonado ²¹⁹.

Em contrapartida, previu a figura das cooperações reforçadas que permite a uma maioria de estados avançar, de forma mais célere, em determinados aspetos da cooperação judiciária.

O art. 82.º do TFUE evidencia tendências contraditórias que permitem a uns estados avançarem no sentido de uma integração mais profunda e a outros, em contrapartida, ficarem (ou manterem-se) à margem das iniciativas europeias em nome da manutenção do seu *status quo* normativo ²²⁰.

Outros dois elementos significativos que o Tratado de Lisboa introduziu na ordem jurídica da UE foram a adesão à CEDH e o estatuto constituinte outorgado à CDFUE que, por força da redação do art. 6.º do TUE, assumiu força vinculativa.

²¹⁹ RODRIGUES, A. ob.cit. p. 432.

²²⁰ Tal é o caso do Reino Unido e da Irlanda do Norte por força do Protocolo n.º 21 e da Dinamarca, ao abrigo do Protocolo n.º 22.

Consequentemente, a ordem jurídica europeia ficou, simultaneamente, mais rica e mais complexa. A integração do acervo da CEDH e do *case law* do TEDH passou a fazer parte do *acquis* europeu no tocante aos direitos fundamentais e garantias processuais, concomitantemente, essa integração tornou o processo de interpretação jurídica mais difícil porquanto, alargou-se o espectro de normas, de princípios e valores à disposição do intérprete e aplicador da lei.

A superestrutura normativa da UE enriquece-se mas a infraestrutura continua a apoiar-se *prima facie* nos sistemas jurídicos internos e nos tribunais nacionais que constituem o primeiro nível de aplicação do direito da UE, por força do princípio da subsidiariedade e da autonomia processual dos EM. Nesta medida, a construção de um modelo europeu de garantias processuais e a densificação dos elementos *bis* e *idem* terá que ter em conta esta dualidade não podendo ser efetuada à revelia da jurisprudência do TEDH, fundamentalmente da que interpreta e aplica o art. 6.º da CEDH.

O *ne bis in idem* traduz-se num direito de defesa que impõe limites e restringe, em nome da dignidade da pessoa humana (na sua dimensão da liberdade e segurança jurídica) a ação punitiva do estado. Trata-se, portanto, de um direito à não ingerência estadual na esfera de protecção individual.

A complexidade da aplicação prática do *ne bis in idem* na esfera transnacional tem obstaculizado a aprovação de medidas legislativas europeias neste domínio. Como vimos, apesar da sua importância, a iniciativa da República Helénica e a Proposta de Freiburg nunca vieram a converter-se em instrumento legislativo subsistindo ainda hoje, na ordem jurídica da UE, um profundo desfasamento entre as garantias substantivas e as garantias adjetivas, como sublinha André Klip: “(...) o carácter multinível do processo penal europeu é, em termos gerais, mais oculto do que no campo da lei substantiva”²²¹.

²²¹ Tradução nossa do inglês: “(...) the multi-level character of European criminal procedure is, generally speaking more hidden than in the field of substantive law”, *vide*, KLIP, A. *European Criminal Law*, Antwerp, Intersentia, 2009, p. 231.

3.3 O papel das garantias de defesa nos instrumentos do reconhecimento mútuo

As origens do princípio do reconhecimento mútuo, no contexto da integração penal europeia, radicam do Conselho Europeu de Cardiff de 1998, no qual, o Reino Unido propôs a transposição desta regra (já vigente no I pilar e no mercado interno, fruto do acórdão *Cassis de Dijon* – AC.TJCE 20/02/79 - C 120/7) para as questões penais ²²².

As razões subjacentes à importação de um conceito desenvolvido no contexto do mercado interno e da cooperação civil para a cooperação judiciária penal resultaram da necessidade de acelerar e aprofundar esta vertente do projeto europeu, em face das dificuldades em harmonizar as legislações penais dos EM e dos obstáculos que tais diferenças colocavam a essa cooperação.

A implementação do reconhecimento mútuo e a abolição do *exequatur* constituiu uma opção pragmática que pretendeu superar a lentidão, a complexidade e a incerteza provocadas pelo recurso aos mecanismos tradicionais de cooperação: “Importaram-se conceitos que funcionaram muito bem na criação do mercado único, ou seja, a ideia de que a cooperação judiciária beneficiaria do conceito de reconhecimento mútuo o que, simplesmente, significava que uma decisão tomada por um juiz, no exercício dos seus poderes num EM, desde que tenha implicações transnacionais, seria automaticamente aceite em todos os outros estados membros ou pelo menos produziria nestes efeitos equivalentes ²²³”.

²²² Vide, o Documento apresentado pela Delegação do Reino Unido ao K4 Committee, doc. 7090/99, 29 de março 1999, Bruxelas.

²²³ “Thus, borrowing from concepts that have worked very well in the creation of the Single Market, the idea was born that judicial co-operation might also benefit from the concept of mutual recognition which, simply stated, means that once a certain measure, such as a decision taken by a judge in exercising his or her official powers in one Member State, has been taken, that measure – In so far as it has extranational implications – would automatically be accepted in all other Member States, and have the same or at least similar effects there.” in Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Reconhecimento Mútuo das Decisões Finais em Matéria Penal (COM (2000) 495 final, Bruxelas 26, julho de 2000), tradução nossa do inglês, documento consultado em 14 de fevereiro de 2012, no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0495:FIN:PT:PDF>.

A aplicação deste princípio representou uma mais-valia para a dinamização desta vertente do projeto europeu no sentido em que facilitou e acelerou procedimentos de transferência de pessoas de um estado membro para outro, permitindo o intercâmbio de informações e dados penais.

O desenvolvimento deste princípio, no contexto do ELSJ, revestiu múltiplas dimensões e conduziu, nos últimos anos, a um incremento das investigações e das ações penais de âmbito transfronteiriço, envolvendo uma multiplicidade de autoridades nacionais. A proliferação da produção normativa europeia e o reconhecimento automático das decisões penais proferidas por outros EM, incrementou o risco de duplicação dos procedimentos penais contra os mesmos indivíduos, pelos mesmos fatos.

Acresce que, os instrumentos do reconhecimento mútuo que foram aprovados e se encontram em vigor ²²⁴ não contemplam normas de resolução dos conflitos de jurisdição o que potencia o surgimento de pedidos de cooperação concorrentes oriundos de diferentes EM. Por estes motivos, a progressiva implementação do reconhecimento mútuo não tem sido isenta de problemas nem de críticas, pelas consequências que acarreta em termos de compatibilidade com as ordens jurídico-constitucionais nacionais na vertente da colisão com os direitos individuais.

A lógica da introdução do reconhecimento mútuo foi a da superação da harmonização das legislações penais europeias e a edificação de um quadro normativo baseado na confiança recíproca que permitisse a livre circulação das decisões judiciais em matéria penal. Anabela Rodrigues chama a atenção para o fato da harmonização do direito penal nunca ter sido um objetivo muito claro

²²⁴ Para além do MDE e da decisão quadro referida na nota 1) reportamo-nos à Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução, na UE, das decisões de congelamento de bens ou de provas, publicada no Jornal Oficial n.º L 196 de 02/08/2003 p. 0045 – 0055, à Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, Jornal Oficial n.º L 076 de 22/03/2005 p. 0016 – 0030.

porquanto, mesmo em Amsterdão, não se mostrava consagrada como objetivo em “*si mesmo*” apontando-se-lhe um estatuto subsidiário ²²⁵.

Assim, numa primeira análise, o elemento central deste mecanismo reside na aceitação automática, quer das decisões jurisdicionais estrangeiras, quer dos padrões axiológico-normativos que lhes subjazem. Automaticidade que implica a “extraterritorialização” dos direitos internos dos EM e o reconhecimento desses *standards* decisórios, em detrimento da imposição de normativos negociados a um nível supranacional ou europeu ²²⁶.

Não obstante, esta via de construção do espaço penal europeu é passível de colidir com as necessidades de segurança, certeza jurídicas e democraticidade, condições essenciais da sua legitimidade em ordenamentos (como é o caso da UE) submetidos ao império da lei.

O reforço das garantias de defesa nos instrumentos do reconhecimento mútuo limita a automaticidade decorrente da aplicação pura daquele princípio e contribui para um reforço da confiança, outorgando aos juizes o poder de recusa da cooperação com base em motivos ou fundamentos expressamente previstos.

Foi com vista ao reforço dessa confiança que, o legislador europeu procedeu à introdução de um número limitado de motivos de recusa facultativa e obrigatória de cooperação bem como à inserção de um sistema de garantias, a fornecer pelo estado de emissão ao estado de execução, aquando do cumprimento do pedido de cooperação, no contexto do ELSJ ²²⁷.

²²⁵ Vide, ob. cit.p. 429.

²²⁶ Neste sentido, MITSILEGAS,V.: *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*,43, Kluwer Law International, Netherlands, 2006, p.1277-1311.

²²⁷ Se atentarmos na redação do art. 7.º, n.º1 da Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, publicada no Jornal Oficial n.º L 328 de 24/11/2006 p. 0059 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006F0783>], deste decorre que: “1. As autoridades competentes do Estado de execução reconhecerão, sem qualquer outra formalidade, uma decisão de perda transmitida nos termos dos artigos 4.o e 5.o e tomarão de imediato as medidas necessárias à sua execução, a menos que decidam invocar um dos motivos de não reconhecimento ou de não execução previstos no artigo 8.º ou um dos motivos de adiamento da execução previstos no artigo 10.º.”

Numa ordem jurídica caracterizada pela pluralidade normativa e pautada pelo *rule of law* a dinâmica expansiva da cooperação penal não pode ser feita à margem dos direitos fundamentais devendo assegurar o respeito pelas garantias de defesa.

Consequentemente, o desenvolvimento do ELSJ e da cooperação judiciária e policial em matéria penal, só pode ser entendido no contexto de um modelo europeu de tutela desses direitos e garantias fundamentais.

Esse modelo tem consagração nos Tratados, no acervo da CEDH, bem como nas tradições constitucionais dos EM e a sua base legal decorre, especificamente, da redação do artigo 6.º, n.º1 do TUE, tal como introduzida pelo Tratado de Lisboa.

A atribuição e o alargamento das competências penais da UE (quer no domínio substantivo, quer no domínio adjetivo) porque afeta, de forma sensível, a auto-determinação democrática e a soberania dos EM, deve ser perspectivada num quadro de respeito pelos direitos fundamentais e no estabelecimento de um “mínimo ético” para o exercício de tais competências: “O núcleo base do direito criminal não pode servir como uma ferramenta técnica para levar a cabo a cooperação internacional antes representa a sensibilidade democrática ancorada num denominador ético-legal mínimo ²²⁸”. Esse mínimo ético a que se reporta o Tribunal Constitucional Alemão encontra-se alicerçado no património filosófico e axiológico, de matriz humanista que caracteriza as raízes fundadoras da UE.

A proclamação desse ideário humanista comum resulta, claramente, do texto do Preâmbulo e dos artigos 1.º e seguintes, do Título I, do Tratado da UE. Não se trata, por isso, de um arquétipo normativo-axiológico artificialmente produzido pela tecnocracia europeia nem de uma importação estranha aos quadros de valores dos EM. Trata-se, fundamentalmente de pôr a descoberto, numa lógica de sistematização racional, um modelo que cremos ser imanente ao

²²⁸ “The core content of criminal law does not serv as a technical instrument for carrying out international cooperation but represents the particularly sensitive democratic decision on a legal ethical minimum standard.” Tradução nossa a partir da versão inglesa da decisão do *Bundesverfassungsgericht* http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, consultado em 13.02.2012.

quadro de valores que enformam as estruturas normativas dos EM da UE e que pode estabelecer pontos de contacto entre as diversas jurisdições. Modelo esse assente na tutela da dignidade da pessoa humana, nos valores da liberdade, da democracia, da igualdade e do estado de direito.

É neste contexto que, a questão da tutela dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos de defesa dos cidadãos e a implementação dos mecanismos do reconhecimento mútuo tem que ser entendida.

A originalidade deste modelo decorre das suas origens multifatoriais e da sua aplicação prática revestir carácter multinível e transnacional, ou seja, a operacionalização do modelo europeu de garantias de defesa pressupõe a intervenção a montante e a jusante de uma pluralidade de intervenientes, de diversos graus hierárquicos e oriundos de distintas culturas legais. Daí a importância e a essencialidade da definição de parâmetros garantísticos aplicáveis aos instrumentos do reconhecimento mútuo, que constituam condição *sine qua non* da sua legitimidade, coerência e uniformidade na sua aplicação.

O discurso garantístico, em torno do direito penal, remonta aos séculos XVII/XVIII e foi um produto do Iluminismo. Apesar deste modelo garantístico ter sido concebido e desenvolvido no âmbito da jurisdição estadual e ter por corolário o princípio da territorialidade da lei penal, não se vislumbram quaisquer razões para que essa herança humanista não seja transposta para o ELSJ, ainda que, com as necessárias adaptações.

Constituindo a UE uma organização supraestadual, composta por EM cujos ordenamentos jurídicos são orientados pelos princípios democráticos e de respeito pelos direitos humanos ela própria está subordinada, na sua atuação, aos valores da liberdade, da segurança jurídica e individual e de respeito pela dignidade da pessoa humana.

Pese embora o passado recente da construção europeia revelar uma matriz económica, o rumo político definido pelas sucessivas revisões dos tratados fundadores alargou o espetro da sua atuação a outros domínios, designadamente, o penal.

A partir do momento em que a UE assume, no texto do seu normativo constituinte (arts. 3.º e 4.º do Tratado da UE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa) como valores enformadores, a defesa da liberdade e da segurança jurídica dos cidadãos, o respeito pela dignidade da pessoa humana e partilha, com os EM, a criação de um ELSJ assume, concomitantemente, um compromisso de respeito pelos direitos processuais dos cidadãos, no que toca ao exercício dessas competências partilhadas.

O modelo do estado de direito democrático enquanto parâmetro de racionalidade, materializa-se na vinculação de todos os poderes à legalidade (às leis gerais e abstratas que disciplinam a sua forma de exercício) e na subordinação desses poderes estaduais à garantia dos direitos fundamentais, na vertente da proibição da lesão desses direitos e liberdades dos cidadãos.

A UE partilha no presente quadro normativo-institucional competências com os EM, nas matérias que enformam o Título V do TFUE, cfr. os arts. 2.º, n.º 2, 4.º, n.º 2 al. j) e 82.º ²²⁹. No exercício dessas competências, quer a UE quer os EM estão vinculados ao respeito pelos direitos fundamentais tal como foram modelados pelo garantismo constitucional dos estados modernos.

Quais são as características do modelo deôntico/garantístico concebido para vigorar no ELSJ?

Esse modelo assenta sobretudo, em dois corolários: na legitimidade político-democrática da atuação legislativa da UE, no contexto do ELSJ e na sua vinculação aos fins definidos e prosseguidos pelos tratados. Trata-se de um modelo de génese democrática, submetido ao império da lei e, funcionalmente adstrito aos objetivos definidos pelos Tratados nos artigos 3.º, n.º 2 do TUE e nos arts. 67.º, 82.º e 83.º do TFUE.

Luigi Ferrajoli distingue três aceções para o termo garantismo²³⁰.

²²⁹ Sobre a articulação das competências partilhadas entre a UE e os EM veja-se MESQUITA, M.J.R. : *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010,p.61 e ss.

²³⁰ FERRAJOLI, L.: *Derecho Y razón –Teoría del garantismo penal*, trad. (Perfecto Ibanéz, Alfonso Ruiz Miguel et.all), Editorial Trotta, Madrid, 2006.

Numa primeira aceção, o garantismo designa a «legalidade estrita» materializada num modelo epistemológico de intervenção sancionatória minimalista e, no plano jurídico, num conjunto de vínculos impostos ao sistema punitivo enquanto forma de garantir os direitos dos cidadãos.

Um segundo entendimento, aponta para o garantismo enquanto teoria jurídica da validade e da efetividade das leis como categorias distintas, não só entre si como relativamente aos conceitos de existência e /ou vigência das normas.

Finalmente, o terceiro sentido reporta-se ao garantismo como filosofia política traduzida na legitimidade ético-política do direito e do estado.

A extensão de um modelo garantístico (concebido no domínio da jurisdição estadual) ao ELSJ, implica por um lado, que este constitua um universo normativo democraticamente legitimado e, por outro que, as prerrogativas legais daí resultantes obedeçam a uma lógica de proteção dos cidadãos, no que concerne à produção legislativa e no tocante à atuação das instituições europeias em matérias criminais.

Trata-se de um garantismo de génese principialista, multinível e universalista. Principialista porquanto alicerça-se nos princípios vertidos nos textos de direitos fundamentais (a CDFUE e a CEDH) e nas tradições constitucionais dos EM tal como reveladas pela jurisprudência do TJUE e do TEDH.

Multinível dado que opera simultaneamente, no plano estadual (ou do direito interno) e no plano supraestadual (europeu) manifestando-se em diferentes graus de jurisdição, sendo aplicado por atores institucionais colocados em distintas posições, dentro do sistema jurídico da UE.

Implica, além do mais, o reconhecimento de uma dimensão tendencialmente universalista dos princípios que enformam o núcleo duro dos direitos de defesa (que advém do seu fundamento axiológico revestir dimensão universal – a dignidade da pessoa humana) e das características transfronteiriças dos procedimentos criminais.

As garantias processuais herdadas do pensamento Iluminista assumem uma dupla face: constituem garantias de verdade processual e de liberdade do cidadão traduzindo-se em opções deônticas em prol dos valores protegidos pelo ordenamento.

Apesar da sua importância, ao longo do desenvolvimento histórico da integração europeia, as questões respeitantes aos direitos de defesa e às garantias processuais emergiram, fundamentalmente, do contencioso comunitário da concorrência e não das questões penais. Efetivamente, não deixa de ser paradoxal que tenha sido nesse domínio que, por via do *case law* do TJUE, se começaram a esboçar os direitos de defesa extraídos dos princípios gerais de direito, das disposições da CEDH (concretamente, do art. 6.º) e das tradições constitucionais comuns dos EM. É que, durante vários anos discutiu-se, inclusivamente, se os Tratados outorgavam às comunidades competências em matéria penal.

Atualmente, esta questão mostra-se ultrapassada pelo fato do art. 82.º, n.º 2 do TFUE prever tais competências, embora adstritas à plena eficácia do reconhecimento mútuo e apenas na medida do necessário, à “livre circulação das sentenças e decisões judiciais e à cooperação judiciária e policial em matéria penal com dimensão fronteiriça”.

Outra das particularidades do modelo garantístico europeu é o seu alcance minimalista, ou seja, o que se discute ao nível da legislação europeia é o estabelecimento de “regras mínimas”, funcionalmente delimitadas pelos fins previstos nos tratados e pela preservação das diferentes tradições e sistemas jurídicos vigentes na UE.

Frison-Roche²³¹ coloca os direitos de defesa no topo do ordenamento jurídico e defende que se encontra em gestação, no quadro da UE, uma verdadeira ordem jurídica processual enformada por esses direitos, o que

²³¹ Vide, FRISON-ROCHE, M.A., : *Les droits de la défense en matière pénale*, in “Libertés et droits fondamentaux”, 6 ème édition, spéc. N.º 618, Paris, Dalloz, 2000, p. 441: “(...) on peu estimer qu’existent des principes supérieurs, justifiant les règles positives et ne tolérant pas d’atteinte, car ils constituent les valeurs fondamentaux du système juridique. Leur supériorité est d’évidence. (...) les droits de defense appartiennent à ces derniers principes.”

permitirá a superação de um modelo de integração de cariz, eminentemente, económico e a construção de um modelo mais humanista.

Nesta medida, o desafio que se coloca à ordem jurídica da UE e ao ELSJ, em particular, é o de encontrar um equilíbrio entre este entendimento minimalista dos direitos e garantias processuais e a tendência para o aperfeiçoamento e desenvolvimento dos mecanismos de repressão penal e combate ao crime, à escala europeia.

4. *Ne bis in idem* e os instrumentos da sua exequibilidade: o direito de acesso à informação, o Sistema Europeu de Registo Criminal e a Eurojust

A implementação do *ne bis in idem* transnacional exige da ordem jurídica da UE um conjunto de recursos e instrumentos que assegurem a respetiva exequibilidade.

A operacionalidade prática daquele princípio-garantia encontra-se, todavia, facilitada em virtude da co-existência no ordenamento europeu de três recursos essenciais: um, normativo e dois de índole institucional.

O primeiro desses instrumentos é a diretiva sobre o direito à informação, a qual, pretende aplicar – se a qualquer pessoa, seja ou não um cidadão da UE, considerada suspeita ou acusada da prática de um crime, desde o momento em que tem conhecimento de que é suspeita ou acusada até ao final do processo criminal (incluindo a fase de recurso). Essa diretiva mostra-se ancorada nos princípios do reconhecimento mútuo, nos arts. 47.º, 48.º, n.º 2 da CDFUE e no art. 6.º da CEDH ²³². Visa, por força da inclusão no seu art. 10.º de uma cláusula de não regressão, elevar os níveis de tutela processual vigentes no contexto do ELSJ, pretendendo-se compatível com medidas nacionais que reforcem ou incrementem estes direitos. Nela se prevê ainda a existência de uma Carta dos

²³² A versão portuguesa encontra-se disponível para consulta no sítio www.eur-lex.europa.eu, acedido em 13 de janeiro de 2014.

Direitos que vá ao encontro dos padrões definidos pela CDFUE, pela CEDH e pelo PIDCP, a qual, deve ser redigida numa linguagem acessível a leigos e garanta que o suspeito ou acusado entenda os direitos processuais que pode fazer valer no âmbito do procedimento criminal, designadamente; a natureza e a qualificação jurídica da infração e a natureza da sua participação, de molde a assegurar um processo equitativo e o exercício efetivo dos direitos de defesa, cfr. considerandos 38) e 40) e arts. 4.º e 6.º, n.ºs 1, 2 e 3 ²³³.

O texto da diretiva contém dois artigos fundamentais à operacionalização e efetivação das garantias de defesa, particularmente, do princípio *ne bis in idem*: o direito à informação sobre a acusação e o acesso aos elementos do processo.

A invocação e a aplicação prática do *ne bis in idem* apenas será possível se a pessoa visada no procedimento criminal e o respetivo defensor estiverem devidamente informados dos aspectos fático - normativos que envolvem esse procedimento. Neste contexto, o direito à informação e o acesso ao processo consubstanciam a vertente instrumental do *ne bis in idem* e condição *sine qua non* da sua aplicação. Relacionado com este direito encontra-se previsto, no art. 7.º da diretiva, o acesso ao processo e à documentação dele constante, em tempo útil, de molde a permitir a preparação da defesa e a avaliação da legalidade da sua detenção ²³⁴.

Outro dos pilares em que assenta a operacionalização do *ne bis in idem* europeu é o Sistema Europeu de Registo das Condenações Penais na UE, que constitui uma base de dados, na qual, se encontram inseridas as condenações sofridas, por cidadãos da UE, no âmbito de procedimentos penais na UE ²³⁵.

²³³ Este entendimento vai ao encontro das recomendações do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e do Tratamento Degradante e que assinala que, os períodos pós-detenção, prévios ao julgamento são aqueles em que as pessoas estão mais vulneráveis e permeáveis a pressões efectuadas pelas autoridades.

²³⁴ A diretiva convoca ainda a problemática do regime do segredo de justiça das investigações criminais em cada estado membro. No entanto, esta matéria, por se encontrar fora do âmbito desta investigação, não será por nós abordada. Contudo, é de salientar que, as alterações introduzidas no Código de Processo Penal Português no regime do art. 86.º e do art. 141.º pela Lei nº 48/2007 de 29 de agosto, parecem já ir, de certa forma, ao encontro do espírito da diretiva, fazendo prevalecer em termos gerais, o direito de defesa dos arguidos na vertente do direito à informação sobre o interesse da investigação.

²³⁵ O sistema não contempla ainda as condenações sofridas em países terceiros.

O segundo recurso institucional indispensável à operacionalização da vertente garantística-processual do *ne bis in idem*, surgiu na sequência dos objetivos previstos pelo Programa de Justiça Criminal²³⁶ e pela Decisão do CE 2009/316/JHA que aprovou uma DQ relativa à organização e conteúdos das trocas de informação extraída dos registos criminais de cada EM²³⁷. Pese embora, essa base de dados incluía apenas as condenações de pessoas singulares, em processos criminais (*vide* art. 2.º), possibilita, quer às autoridades policiais e judiciárias de um EM, quer aos cidadãos, a consulta do “histórico” de condenações sofridas em processos criminais na UE facilitando, por esta via, a invocação da garantia *ne bis in idem*.

Não obstante, incumbe salientar que este recurso não assegura, integralmente, a protecção visada pelo princípio-garantia *ne bis in idem*, uma vez que, do sistema não ficarão a constar as absolvições nem as condenações sofridas em processos de outra natureza, designadamente, os de cariz contraordenacional ou disciplinar.

Finalmente, o terceiro instrumento institucional que os Tratados prevêem e que se destina, entre outras missões, a “1. (...) apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal, de acordo com o disposto no art. 85.º, n.º1 do TFUE, é a Eurojust²³⁸.

Todavia, o impacto que a Eurojust²³⁹ poderá vir a ter, a médio ou a longo prazo em matéria de *ne bis in idem* dependerá da forma como aquela agência vier, na prática, a executar as prerrogativas que o art. 85.º do TFUE e a proposta de regulamento lhe concedem, em termos de coordenação das investigações

²³⁶ Decisão do Conselho, de 12.02.2007, publicada no JO L 58/13, referente ao período compreendido entre 2007 e 2013.

²³⁷ Decisão - Quadro do Conselho 2009/315/JHA de 26.02.2009, publicada no JO 93 de 07/04/2009.

²³⁸ A Eurojust foi criada formalmente pela Decisão 2002/JHA/187, JO L324, de 21 de dezembro de 2000, todavia, a sua estrutura e modo de funcionamento, sofreu uma profunda alteração com a Decisão 2009/426/JAI, publicada no JO L 138 de 04/06/2009.

²³⁹ Em 17.07.2013 foi, entretanto, apresentada uma proposta de regulamento do Conselho e do PE (2013/0256 COD), destinada a subsstituir a Decisão 2002/187/JHA, a reformar o quadro institucional e os poderes outorgados aos membros nacionais da Eurojust, com vista a dotar este organismo de mecanismos mais eficazes de combate ao crime organizado, com implicações transfronteiriças. *Vide* o sítio www.ec.europa.eu, consultado em 15 de janeiro de 2014.

criminais e da alocação de competências no domínio da ação penal, à jurisdição melhor posicionada.

A proposta de regulamento não consagra a opção por um modelo concentrado de prevenção ou resolução vinculativa de conflitos de jurisdição, sob a responsabilidade da Eurojust, o que a proposta de regulamento prevê (nos arts. 2.º, 3.º e 4.º) é que aquele organismo possa ter uma intervenção a três níveis:

i. apoie e reforce, por sua iniciativa ou a pedido do EM, a coordenação e cooperação²⁴⁰ entre autoridades nacionais relativamente a crimes sérios que afetem dois ou mais EM ou, entre um EM e um estado terceiro, ao abrigo de um acordo de cooperação;

ii. solicite às autoridades de um EM que iniciem uma investigação relativamente a determinado(s) fato(s);

iii. persuada uma autoridade nacional a reconhecer que, uma outra, está em melhor posição para levar a cabo uma investigação ou deduzir acusação quanto a determinado (s) fato(s) e, caso essas autoridades, não logrem chegar a um consenso, emitir um Parecer sobre o caso (art. 4.º, n.º 4) dirigido ao EM em causa.

Consequentemente, o EM fica obrigado a justificar à Eurojust o não acatamento do Parecer, exceto se essa justificação puser em causa a segurança nacional ou de pessoas, cfr. Art. 23.º.

Apesar da proposta de regulamento detalhar o papel desempenhado pela Eurojust no apoio às autoridades nacionais não lhe concede poderes para impor aos EM, de forma vinculativa, a escolha de uma jurisdição em detrimento de outra.

As autoridades nacionais, por seu turno, encontram-se adstritas a dar conhecimento aos seus membros nacionais da possibilidade de virem a ocorrer conflitos de jurisdição, nos termos previstos no art. 21.º, n.º 6.

²⁴⁰ Esse apoio pode passar pelo auxílio em matéria de recolha e disponibilização de informação, interpretação e tradução e reuniões de coordenação entre autoridades judiciárias nacionais.

Não obstante a importância institucional da Eurojust na cooperação judiciária e do mecanismo “preventivo” em matéria de conflitos de jurisdição a que o regulamento se propõe dar continuidade ²⁴¹ tal não responde, cabalmente, às necessidades de prevenção do fenómeno de duplicação de procedimentos sancionatórios - penais na UE, contra a mesma pessoa e relativamente aos mesmos fatos.

Ora, a necessidade de “prevenir situações em que a mesma pessoa seja objeto de processos penais paralelos relativos aos mesmos factos em Estados – Membros diferentes e daí possa resultar o trânsito em julgado das decisões desses processos em dois ou mais Estados-Membros, constituindo, assim uma violação do *ne bis in idem*” encontrava-se já prevista na DQ 2009/948/JAI, a qual, visava complementar a decisão Eurojust (*vide* art. 12.º, n.º1). Essa DQ previa, no seu art. 10.º, o estabelecimento de um mecanismo de consultas diretas e a obrigatoriedade das autoridades nacionais, reportarem à Eurojust a ausência de consenso, nos termos previstos 12.º, n.º 2. No entanto, apesar de resultar daquele normativo consagrar a obrigatoriedade de recurso a esse mecanismo de consulta direta, entre EM, não se outorgava à Eurojust quaisquer poderes vinculativos nem se previam mecanismos sancionatórios aos EM que não reconhecessem a jurisdição “melhor posicionada”.

Consequentemente, a atual proposta de regulamento assegura uma linha de continuidade com as soluções já adoptadas na DQ sobre conflitos de jurisdição não introduzindo quaisquer evoluções neste domínio.

O modelo escolhido quanto à intervenção da Eurojust baseia-se numa lógica de *soft law* em que, as autoridades nacionais são “convidadas a dialogar” e a estabelecer entre si pontos de contato, funcionando a Eurojust como interface nessas negociações, sem prerrogativas de *ius imperii*.

A ausência de um mecanismo europeu de escolha vinculativa da jurisdição que assuma um carácter preclusivo da ação penal, quanto aos mesmos fatos e à

²⁴¹ Falamos em continuidade uma vez que, essa já vinha sendo a opção da UE neste domínio, como espelha a Decisão - Quadro 2009/948/JAI, do Conselho de 30.11.2009, publicada no JO L 328/42 de 15.12.2009

mesma pessoa, justifica que se continue a colocar a tónica no papel do *ne bis in idem* como garantia de defesa da UE, invocável *erga omnes* e sindicável pelos órgãos jurisdicionais nacionais, ou seja, não só pelos advogados de defesa como, no caso português, pelos juízes e pelo Ministério Público, atento o seu estatuto constitucional de defesa da legalidade.

Persiste, no atual estágio de evolução da ordem jurídica da UE um modelo difuso de controlo *ne bis in idem*, em detrimento da opção por um modelo concentrado de escolha da jurisdição “melhor posicionada, centralizado na Eurojust e de carácter preventivo e vinculativo.

No domínio da cooperação penal esse controlo difuso continuará a ser, preferencialmente, efetuado pelas autoridades judiciárias do estado de emissão e também pelo estado de execução embora, quanto a este último, em moldes mais mitigados.

Síntese - II Parte

1. O *ne bis in idem* assume a dupla natureza de direito fundamental e garantia processual;
2. o seu fundamento axiológico reveste caráter poliédrico na medida em que se aplica, transversalmente, a diversas áreas do sistema jurídico (compreendendo o ordenamento penal *stricto sensu*, administrativo e contraordenacional) bem como às pessoas singulares e coletivas;
3. radica genética e ontologicamente na dignidade da pessoa humana mas não se esgota nessa ancoragem, dado que, constitui uma expressão do processo justo e equitativo, constituindo uma exigência de segurança e proporcionalidade no exercício do *ius puniendi* estadual;
4. no ordenamento da UE encontra-se, atualmente previsto, numa base normativa tripartida que inclui o art. 54.º da CAAS, o art. 50.º da CDFUE e o art. 4.º do Protocolo 7, Anexo à CEDH;
5. essa base jurídica tripartida demanda uma hermenêutica coerente, racional e supranacional, suscetível de superar as hermenêuticas regionais;
6. o *ne bis in idem* deve, por isso, ser contextualizado no debate europeu em torno dos direitos de defesa em processos criminais na UE, enquanto contexto sistémico e elemento agregador;
7. e superador dos impasses político-legislativos que têm rodeado as discussões em torno dos conflitos de jurisdição matéria, à qual, a operatividade de *ne bis in idem* tem sido, constantemente, associada;
8. o *ne bis in idem* foi arredado do catálogo de medidas enunciadas pelo Programa de Estocolmo e não foi contemplado em nenhuma das três diretivas aprovadas em matéria de direitos de defesa, na UE;
9. tal fato constituiu uma opção eminentemente política que se destinou a prevenir eventuais paralisias legislativas devido às resistências de EM,

- como o Reino Unido e a Irlanda, em aceitar uma intervenção legislativa europeia neste domínio;
10. opção que contraria a importância atribuída ao *ne bis in idem* no âmbito do Programa para a Implementação do Princípio do Reconhecimento Mútuo, considerado a pedra angular da cooperação judiciária e policial na UE;
 11. o *ne bis in idem* constitui, simultaneamente, um corolário do reconhecimento mútuo (porque pressupõe a aceitação “automática” da validade e eficácia das decisões penais estrangeiras) e um limite à sua aplicação maximalista, dado que, assegura ao cidadão uma proteção contra a reiteração das atuações sancionatórias relativas aos mesmos fatos;
 12. apesar disso existem, atualmente, instrumentos normativos e institucionais na UE que facilitam a aplicação deste princípio-garantia: a diretiva sobre o direito de acesso ao processo e à informação, a base de dados de registos criminais na UE e o papel *pivot* da Eurojust,
 13. apesar da proposta de regulamento Eurojust, apresentada pelo CE e pelo PE, reforçar os poderes de coordenação daquele organismo no tocante às investigações criminais transfronteiriças, não criou um sistema concentrado de controlo *ne bis in idem* nem um mecanismo vinculativo de resolução de conflitos de jurisdição;
 14. quer a Decisão-Quadro em matéria de conflitos de jurisdição (ao prever o mecanismo de consultas diretas entre EM) quer a proposta de regulamento Eurojust, que prevê a elaboração de um parecer não vinculativo daquele organismo sobre a “jurisdição melhor posicionada”, constituem recursos de *soft law*;
 15. a ausência de um mecanismo vinculativo de alocação de jurisdições ao nível europeu reforça a necessidade do *ne bis in idem* como garantia de defesa, de efeito *erga omnes*, num quadro deontico – hermenêutico supranacional que sirva de elemento orientador à jurisprudência, não só do TJUE como das jurisdições nacionais;

16. no atual estágio de evolução do ELSJ, o *ne bis in idem* não assenta no princípio de unidade da ação repressiva mas antes no princípio da equidade e da proporcionalidade do sancionamento.

III – Parte – O modelo deontológico europeu de garantias de defesa

Capítulo I: Fundamentos e contexto sistémico do modelo europeu em matéria de *Ne bis in idem*

1. O *Ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

Apesar do *ne bis in idem* se encontrar previsto, desde há vários anos, em diversos instrumentos jurídicos de direito internacional foi no âmbito da UE e de fonte pretoriana que se iniciou e se foi consolidando o processo de transnacionalização daquele princípio jurídico.

É de salientar, contudo que, as fontes do *ne bis in idem* no domínio europeu encontram-se, não apenas nos normativos emanados da UE mas também, nos instrumentos jurídicos que foram aprovados sob a égide do Conselho da Europa.

De acordo com a visão expressa por John Vervaele, pelo menos desde a década de 70, foram efetuados diversos esforços para introduzir um princípio *ne bis in idem* de âmbito regional ²⁴². Tal revelou-se, no entanto, uma tarefa difícil, atenta a pluralidade de fontes normativas e o número de Estados envolvidos no processo de negociação e ratificação dos instrumentos jurídicos.

Assim sendo, a evolução no sentido da criação de um *ne bis in idem* europeu não tem sido uniforme, uma vez que, se trata de um princípio vertido em diversos instrumentos normativos e que toca matérias de natureza distinta. De fato, as referências ao *ne bis in idem* no direito europeu encontram-se, não apenas nas matérias penais (em domínios atinentes à extradição, à cooperação judiciária

²⁴² VERVAELE, J. : *El principio NON BIS IN IDEM en Europa*, in La Orden de detención y entrega europea, AA.VV (Directores ARROYO ZAPATERO, L e NIETO MARTÍN, A), Ediciones de La Universidad de Castilla La Mancha, p. 229-255.

e auxílio mútuos) como também, no domínio do direito administrativo sancionatório, mais concretamente, no direito da concorrência ²⁴³.

No contexto do Conselho da Europa, para além da disposição do art. 4.º do Protocolo 7 anexo à CEDH, existem previsões *ne bis in idem* na Convenção Europeia de Extradução ²⁴⁴ - art. 9.º, o qual, sob a epígrafe - Non Bis In Idem – prevê: “*A extradição não será concedida quando a pessoa reclamada tiver sido definitivamente julgada pelas autoridades competentes da Parte requerida pelo facto ou factos que fundamentam o pedido de extradição.*”

Para além daquelas normas encontram-se ainda previsões *ne bis in idem* na Convenção de 1970 do Conselho da Europa sobre a Validade Internacional das Decisões Penais (arts. 53.º a 57.º) e na Convenção de 1972 sobre a Transferência de Procedimentos em Matéria Penal (arts. 35.º a 37.º). Contudo, estas convenções são inexpressivas do ponto de vista do seu alcance e aplicação práticos, atento o reduzido número de ratificações. Também na Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Novembro de 1990) encontra-se presente uma disposição (o art. 28.º, § 1 al. f) de acordo com a qual, o respeito e a observância do princípio *ne bis in idem* surge como um possível fundamento de recusa de cooperação ²⁴⁵.

A propósito desta Convenção importa assinalar (como elemento revelador do sentimento de desconfiança que a cooperação em matéria penal ainda suscita nos estados soberanos) que não se encontra em vigor na ordem jurídica internacional porquanto, não foi ratificada por qualquer dos vinte e dois estados

²⁴³ Vide, entre outros, MESSINA, M.: *The operation of ne bis in idem in the application of European Union Competition Law rules across the European Union: recent developments in the light of the Toshiba Case*, ERA FORUM (2012) 13: 163-171, DOI 10.1007/s12027-012-0261-0.

²⁴⁴ Assinada, em Estrasburgo, a 27 de abril de 1957 (é integrada por dois Protocolos Adicionais de 1977 e 1978), foi aprovada, por Resolução da Assembleia da República n.º 23/89 de 21 de agosto, tendo entrado em vigor, na ordem jurídica portuguesa, a 25 de abril de 1990.

²⁴⁵ “Section 5 – Refusal and postponement of co-operation:

Article 28 – Grounds for refusal:

Co-operation under this chapter may be refused if: f) the requested Party considers that compliance with the action sought would be contrary to the principle of “ne bis in idem”.

subscritores ²⁴⁶. Também com relevância nesta matéria, embora com pouca expressão devido ao reduzido número de países ratificantes, salientamos a Convenção Europeia de 1987 relativa ao *ne bis in idem* (que contém previsões de conteúdo muito semelhante às que foram consagradas nos arts. 54.º e ss da CAAS).

Na ordem jurídica da UE encontram-se previsões *ne bis in idem* em instrumentos jurídicos de direito primário e secundário, nomeadamente, nos arts. 50.º da CDFUE, no art. 54.º da CAAS e no art. 7.º da Convenção de 1995 sobre a Protecção dos Interesses Financeiros da Comunidade bem como nos instrumentos do reconhecimento mútuo, como é o caso da DQMDE.

O fenómeno de implementação e supranacionalização do *ne bis in idem*, na Europa baliza-se em torno de três eixos fundamentais: coexistência e pluralidade de diferentes sistemas normativos, adesão da UE ao sistema da CEDH ²⁴⁷ e aprovação da CDFUE. Estes fatores assumem um significativo impacto no ordenamento jurídico da UE, determinando as configurações dos direitos e garantias fundamentais e desafiando o papel das instituições europeias.

A CEDH, para além da importância do respetivo acervo normativo também instituiu um sistema original de protecção internacional dos direitos humanos, proporcionando às pessoas o benefício de um controlo judicial dos seus direitos, possibilitando-lhes o acesso direto ao TEDH que tem vindo, nos últimos anos (a partir do texto do art. 4.º do Protocolo 7, anexo à CEDH), a concretizar, de forma sistemática, os dois elementos que enformam aquele princípio-garantia: o *bis* e o *idem* ²⁴⁸.

Concretizando-se a adesão da UE à CEDH (e ao respetivo acervo normativo e jurisprudencial) ficará também facilitado o exercício do direito de queixa por parte dos cidadãos e das empresas. Nesta medida, o TEDH poderá vir

²⁴⁶ Assinada pelo Estado Português em 16.05.2005 e ainda não ratificada.

²⁴⁷ Em 4 de novembro de 1950, os ministros de quinze países europeus, reunidos em Roma, assinaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem a qual viria a ter um alcance sem precedentes e a constituir um marco na evolução do Direito Internacional. Entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 e foi ratificada, em Portugal, pela Lei n.º 65/78 de 13 de outubro.

²⁴⁸ O TEDH substituiu, em 1 de novembro de 1998, o anterior mecanismo de controlo.

a ter jurisdição sobre os atos da UE e esta poderá, eventualmente, vir a ser demandada por estados, indivíduos, grupos de cidadãos ou ONG's que se considerem vítimas de uma violação da CEDH ²⁴⁹.

Isto significa também que, o recurso a tal via contenciosa poderá expor o sistema jurídico da UE à jurisprudência do TEDH relativa a direitos fundamentais. Essa exposição poderá, futuramente, condicionar o rumo da jurisprudência do TJUE bem como a evolução do ordenamento jurídico da UE.

Consequentemente, a delimitação dos contornos do modelo deontico europeu de garantias de defesa, (enquanto referencial hermenêutico para a interpretação e aplicação dos normativos que contém previsões *ne bis in idem*) deverá ter por base, o normativo do art. 4.º do Protocolo 7, anexo à CEDH, o art. 50.º da CDFUE e os arts. 54.º a 58.º da CAAS.

Previamente porém, importa analisar como se desenvolveu o processo de revelação dos direitos fundamentais na UE e a sua interação com os sistemas normativos limítrofes (caso da CEDH) atenta as implicações que esse modelo de relacionamento poderá vir a ter nas metamorfoses do *ne bis in idem* europeu.

2. A adesão da UE à CEDH

2.1 A CEDH como fonte do modelo deontico europeu de direitos fundamentais e garantias processuais

A CEDH surgiu com o intuito de defender a liberdade e a democracia, positivando um conjunto de valores que enformam o património comum dos povos europeus e institucionalizando um sistema jurisdicional que se tem revelado um dos elementos mais ativos na concretização dos seus princípios ²⁵⁰. Por outro lado, fez emergir e consolidar um direito supraestadual de protecção

²⁴⁹ Sobre este tema, vide MESQUITA, M.J.R: *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 89.

²⁵⁰ Foi adotada, no âmbito do Conselho da Europa, em 4 de maio de 1949 só tendo, no entanto, entrado em vigor a 03 de setembro de 1953.

dos direitos humanos (abrindo caminho à criação de uma ordem pública europeia) fenómeno que, Françoise Tulkens e Johan Callewaert apelidam de globalização da CEDH ²⁵¹.

A questão da adesão da UE ao sistema da CEDH data, pelo menos, da década de 70. Ganhou, porém novo impulso com a Comunicação da Comissão ao Conselho (C 3-022/93), sob iniciativa da presidência belga. Nessa sequência, foi criado um grupo de trabalho *ad hoc* que se debruçou sobre os aspetos mais problemáticos dessa adesão mas que, todavia, não logrou chegar a consenso relativamente a dois pontos essenciais: no tocante à competência da(s) então designadas comunidade(s) europeia(s) para aderir à convenção e à compatibilidade dessa adesão com o princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária. Subsequentemente, foi endereçado ao TJUE um pedido de parecer sobre os aspetos legais da adesão (Parecer 2/94) com base no art. 228.º, § 6 do TCE ²⁵² e que se traduziu na formulação da seguinte questão:

“A adesão das comunidades europeias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é compatível com o Tratado que estabelece uma comunidade europeia?”

Na perspetiva do Conselho, cada comunidade teria que aderir à Convenção dentro dos limites e do quadro legal das suas competências tal como definidas pelos tratados constituintes. Essa acessão teria que cobrir toda a Convenção e os protocolos ratificados pelas partes contratante e em vigor, sem prejuízo das reservas que os estados contratantes houvessem efetuado. Por outro lado, a comunidade teria que aceitar todo o acervo jurisdicional resultante da CEDH, incluindo o mecanismo da queixa individual e da queixa inter-estadual. Porém, a possibilidade de ações entre os EM e a comunidade teriam que ficar

²⁵¹ Vide, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in «L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne», Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 177-203.

²⁵² Vide, o Aviso 2/94 de 28 de março de 1996, in <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994V0002:FR:H>, consultado em 11.10.2010.

expressamente arredadas, por via do monopólio outorgado (neste domínio) ao Tribunal de Justiça, conforme previsto no art. 219.º do TCE ²⁵³.

O órgão jurisdicional europeu tendo por base o quadro legal então existente salientou que, aquela adesão suscitava problemas a dois níveis: quanto à competência da Comunidade para concluir esse acordo internacional e quanto ao monopólio jurisdicional do Tribunal de Justiça.

Relativamente à primeira questão, o tribunal entendeu que as comunidades atuam (tanto nas relações internas como nas relações externas) com base num princípio de competência por atribuição. Nesta medida, e uma vez que os textos dos tratados eram omissos no tocante à atribuição de poderes às comunidades para se comprometerem em matérias atinentes a direitos humanos e celebrarem acordos internacionais, não existia base normativa que, especificamente, autorizasse essa adesão. O Tribunal de Justiça salientou ainda que, a adesão revestiria uma dimensão constituinte que ultrapassaria a natureza e os limites previstos pelo art. 235.º do TCE.

A atribuição de competências para a adesão da UE ao sistema da CEDH só viria a ser, definitivamente, concretizada através das alterações introduzidas pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa que incluiu expressamente, no n.º 2 do art. 6.º do TUE uma referência constitucional a essa adesão ²⁵⁴.

Definida a base legal, os pontos em discussão referem-se à delimitação do alcance e do impacto dessa adesão, quer na vertente da tutela dos direitos fundamentais, quer na das competências dos seus órgãos jurisdicionais (designadamente, do TJUE) porquanto, a adesão à CEDH possibilitará a: “(...) evolução do atual sistema pretoriano e auto-regulador para um sistema de

²⁵³ A adesão da UE ao sistema da Convenção prendeu-se com três objetivos essenciais: pretendeu-se contribuir para uma aplicação coerente dos direitos fundamentais no espaço europeu, acelerar e simplificar os mecanismos processuais de tutela desses direitos e, finalmente, reforçar a credibilidade da UE, em matéria de direitos fundamentais.

²⁵⁴ De acordo com esse normativo: “2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...)” normativo que é complementado pelo n.º 3 que, concretiza a forma de recepção da CEDH, na ordem jurídica da UE esclarecendo que, tal opera por via dos princípios gerais de direito. Estas disposições do Tratado são acompanhadas ainda de um Protocolo Adicional que explicita e concretiza os termos e os limites dessa adesão.”

proclamação positiva e de controlo externo sobre o respeito pelos direitos fundamentais²⁵⁵.”

O art. 6.º do TUE (na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa) baliza os termos em que se irá processar o relacionamento da UE com a CEDH e fá-lo por via do recurso a duas disposições essenciais: esclarece, no seu número 2 que, a UE passará a ser parte contratante da CEDH, nos termos definidos no Protocolo de Adesão (salvaguardando, porém, o seu âmbito de competências, tal como definido pelos Tratados) e, no número 3 dispõe acerca da forma de receção dos normativos daquela convenção na ordem jurídica interna da UE consagrando que, essa receção, far-se-à por via dos princípios gerais de direito.

É de salientar, no entanto que a UE não irá aderir a todo o bloco normativo da Convenção, uma vez que, excluirá a maior parte dos Protocolos Adicionais (designadamente, aqueles que não foram inteiramente ratificados por todas as partes contratantes, entre os quais, o atinente ao princípio *ne bis in idem*, ínsito no art. 4.º do Protocolo 7 e que não foi ratificado pela Alemanha, França e Países Baixos)²⁵⁶.

A exclusão desse Protocolo apesar de, numa primeira análise, revelar a vontade expressa dos EM em afastar a “importação” de todo o acervo respeitante ao art. 4.º do P 7 (e que inclui a jurisprudência do TEDH) não obsta, em nosso entendimento, à implementação jurisprudencial desse acervo, pelos tribunais nacionais e europeus no momento da aplicação do direito da UE.

Efetivamente, a conexão entre a ordem jurídica da UE e o sistema de direitos fundamentais da CEDH resulta agora, de forma expressa, do art. 52.º, n.º 3 da CDFUE que estabelece um princípio de concordância e de convergência interpretativa entre os dois blocos normativos, o qual, deve ser entendido como a base legal (juntamente com o art. 6.º do TUE) do modelo deontico europeu de

²⁵⁵ Neste sentido, DUARTE, M.L., e LOPES, C. A: *Tratado de Lisboa - Versão Consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, Lisboa, AAFDL, 2008, p.7.

²⁵⁶ Sobre os detalhes da adesão da UE, ao sistema da CEDH, veja-se, o Documento de Adesão emitido pelo Steering Committee de 14 de outubro de 2011, CDDH (2011) 009, publicado no sítio http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_en.pdf, consultado em 02.02.2013.

direitos fundamentais e garantias processuais. Por outro lado, a técnica das referências cruzadas (*cross fertilization*) oferece aos aplicadores do direito a possibilidade de procurar soluções jurisprudenciais e principiológicas oriundas de outras fontes ou sistemas normativos.

A aplicação dessa jurisprudência será tanto mais importante quanto estiver em causa a apreciação de fatos ou situações que evidenciem lacunas ou contradições na jurisprudência do TJUE ²⁵⁷.

A importação dos modelos jurisprudenciais construídos pelo TEDH funcionará numa lógica casuística e é compatível, não só com a base legal que consta dos Tratados (o art. 6.º do TUE e o art. 52º, n.º3 da CDFUE) como com a própria estrutura do modelo de direitos fundamentais da UE. Este modelo tem sido construído em torno de princípios jurídicos, pelo que, é esta normatividade estrutural enformada por princípios, que viabiliza a construção de critérios operativos de decisão dos casos concretos.

Para Zagrebelsky, só os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, isto é, constitutivo da ordem jurídica, o que vai ao encontro do padrão metodológico seguido pelo TJUE na interpretação e densificação dos direitos fundamentais. Padrão esse que teve por base os princípios gerais de direito apoiado em cinco pontos estratégicos:

- i. o direito da UE deve assegurar um grau de protecção análogo ao direito nacional (a tutela dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito da UE) o que consubstancia a doutrina da protecção equivalente;
- ii. as fontes inspiradoras dos direitos fundamentais, no quadro da UE, são as normas da CEDH e, mais recentemente, a CDFUE, bem como as tradições constitucionais comuns dos EM;
- iii. as garantias concretas desses direitos são os objetivos e as funções presentes nos tratados – ponderação das exigências específicas das comunidades

²⁵⁷ Encontramos exemplos destas “contradições” se cotejarmos a jurisprudência do TJUE, relativamente ao *ne bis in idem* no ELSJ e no direito europeu da concorrência, quanto à densificação do elemento *idem* e lacunas relativamente à questão da reabertura de procedimentos sancionatórios.

como fundamento do núcleo de identificação do direito e das restrições a estes inerentes;

iv. o TJUE assume que as referências primárias relativas à protecção dos direitos fundamentais são as constituições nacionais e os instrumentos normativos internacionais ²⁵⁸.

Estes postulados metodológicos (nos quais, os juízes do Tribunal de Justiça têm alicerçado a sua jurisprudência) têm permitido a aceitação e a legitimação daquelas decisões e a sua compatibilização com os ordenamentos jurídicos nacionais. Em nossa opinião, a adesão da UE ao sistema da CEDH não irá alterar, significativamente, estes postulados metodológicos dado que, não pode comprometer os fins e os objetivos prosseguidos pela UE e pelos Tratados constituintes.

Os três números do art. 6.º do TUE (na redação do Tratado de Lisboa) constituem o núcleo duro do direito constitucional europeu, um património cultural e jurídico que permite a aproximação dos povos da Europa e a convergência normativa propugnada pelos tratados e que constituem o ponto de partida da atividade interpretativa do TJUE.

Quando o TJUE demanda o fundamento normativo, aplica o critério da adequação funcional ou do denominador adequado ao caso concreto (mediante o recurso à técnica da “receção material”) pelo que, as normas recebidas são interpretadas, aplicadas e incorporadas no sistema recetor, de acordo com os cânones deste último.

No caso da UE, esse denominador comum resulta da subordinação da teleologia das normas aos fins e às funções previstas nos Tratados, o que permite aprofundar o processo de integração nas suas mais diversas vertentes (económica, política e normativa). Assim sendo, as normas não são recebidas *qua tale* mas através de enunciados gerais que, o TJUE define com base na sua autonomia interpretativa, dado que, não se encontra vinculado nem à

²⁵⁸ DUARTE, M.L., ob cit. p. 91.

interpretação efectuada pelos tribunais nacionais, nem à jurisprudência do TEDH (apesar desta funcionar como elemento inspirador ²⁵⁹).

O recurso aos princípios gerais de direito, como elementos recetores das normas da CEDH e das tradições jurídicas dos EM, tem permitido (à semelhança do que acontece com o direito constitucional moderno) outorgar à ordem jurídica da UE, um carácter dinâmico e uma textura aberta e universalista. Este fato permite-lhe moldar-se e receber influências de valores estranhos à sua ontogenética, como salienta Puissochet, antigo juiz do Tribunal de Justiça:

“ (...) a prudência linguística do TJ não deve esconder que a CEDH constitui uma parte integrante do direito comunitário. A recepção das disposições materiais da convenção na ordem jurídica comunitária através dos princípios gerais de direito reveste um carácter puramente formal e automático porquanto tudo se passa como se o Tribunal de Justiça aplicasse pura e simplesmente a convenção ²⁶⁰”.

Zagrebelsky assinala, precisamente, a ductilidade do direito constitucional contemporâneo como a característica que melhor se adequa às realidades plurais dos dias de hoje e que melhor capacidade de adaptação lhes outorga:

“(...) é a esta visão aberta, que se foi afirmando progressivamente, na Europa (não sem dificuldades) que se deve atribuir o mérito, se é de mérito que se trata, de ter permitido aos Estados abrirem-se à organização de uma autoridade e de uma UE (...) ²⁶¹”.

²⁵⁹ DUARTE, M.L., ob. cit., p. 94 e ss.

²⁶⁰ Tradução nossa do francês: “(...) la prudence rédactionnelle de la Cour (de justice) ne doit pas dissimuler que la CEDH apparaît comme une partie intégrante du droit communautaire. La réception des dispositions matérielles de la convention dans l’ordre juridique communautaire par le biais des principes généraux du droit, revêtant un caractère purement formel et automatique, tout se passe comme si la Cour de justice appliquait purement et simplement la convention.” in PUISSOCHET, J.P. in « La cour européenne des droits de l’homme, la cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l’homme. » in MAHONEY, P. e F.MATSHER et. Al (edit.) *Protection des droits de l’homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv. Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, p. 1143.

²⁶¹ ZAGREBELSKY, G: *El Derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 14, tradução nossa do castelhano: “(...) es a esta vision «abierta» de la Constitución, que se há afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que pude atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse (...) a la organizacion de una autoridad y de una unión europeas (...)”.

Essa ductilidade consiste na convivência de uma diversidade de valores e princípios que não têm pretensões hegemónicas nem revestem carácter absoluto, antes se configuram e inter-relacionam numa lógica de compromisso e concordância práticas.

O papel da jurisprudência e dos tribunais será o de compatibilizar entre si estes princípios, construindo soluções que possibilitem dirimir conflitos, sem anular o pluralismo e a diversidade de valores coexistentes nas sociedades modernas.

Contudo, uma vez que, a CEDH se constituiu como um referencial inultrapassável em termos de direitos fundamentais, a ordem jurídica da UE não correrá o risco de, nesta matéria, vir a ser absorvida pelo sistema da convenção?

Uma das dificuldades que se poderão colocar, nos anos vindouros, no tocante à aplicação da CEDH, respeita à articulação entre os dois órgãos jurisdicionais europeus, designadamente, quanto à possibilidade de ocorrência de conflitos interpretativos entre o TJUE e o TEDH, em matéria de direitos fundamentais, possibilidade essa que, o Protocolo relativo ao n.º 2 do art 6.º do TUE (respeitante à adesão da UE à CEDH) não previne em absoluto ²⁶².

Em nossa opinião, os normativos do art. 6.º do TUE e dos arts. 52.º e 53.º da CDFUE codificam o arquétipo ou o modelo deontico da UE, no que respeita aos direitos fundamentais e garantias processuais, traçando os seus limites e configurações. Esse modelo, assente numa génese principialista e jurisprudencial, parte da CEDH como *standard* mínimo mas é dotado de características próprias, encontrando-se reforçado pela CDFUE.

Acresce ainda que, decorre do art. 1.º do Protocolo de Adesão da UE à CEDH que, essa adesão não poderá prejudicar “(...) as características próprias da União e do direito da União” e, do seu art. 2.º que: “ (...) a adesão da União não afeta as suas competências nem as atribuições das suas instituições ²⁶³.”

²⁶² No entanto, o documento do Steering Committee de 14 de maio de 2011 prevê já as condições e o modelo de relacionamento entre os dois órgãos judiciais europeus.

²⁶³ Protocolo Relativo ao n.º 2 do art. 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, in

É que, se os princípios gerais de direito têm constituído um instrumento do processo de integração ou receção dos normativos da CEDH na ordem jurídica da UE (outorgando ao juiz do TJUE uma larga margem de interpretação e criação dos normativos aplicáveis ao caso concreto), contribuíram também para a criação desse arquétipo europeu de direitos fundamentais e garantias processuais. Foi através dos princípios jurídicos (enquanto “super-estrutura” de legalidade) que se possibilitou aos juizes a criação de um quadro concetual próprio (que enforma o referido modelo deontico) permitindo-lhes aplicar normativos da CEDH, sem colidir com as disposições próprias da ordem jurídica da UE.

Porém, Olivier de Schutter advoga que a possibilidade de conflitos institucionais e normativos entre os dois atores judiciais mostra-se atenuada pelo estatuto que o Tribunal de Justiça reconhece e tem outorgado à CEDH e que se encontra espelhado, designadamente, no acórdão *Hoechst c. Comissão*, de 21 de setembro de 1989²⁶⁴. Nesse acórdão, no contexto de aplicação do Reg. CE n.º17/62 e a propósito das garantias de defesa das empresas em matéria de concorrência, o TJUE salientava o “significado particular” da CEDH, entre os instrumentos internacionais respeitantes aos direitos fundamentais.

Contudo, o mesmo autor entende que, mais do que as dificuldades de ordem interpretativa serão as respeitantes à aplicação dos normativos aos casos concretos, as que maiores dúvidas acarretarão para os órgãos jurisdicionais:

“A dificuldade reside no fato de, mesmo que as duas jurisdições europeias logrem uma interpretação comum à CEDH - no plano abstrato ou do sentido a atribuir às suas cláusulas - elas poderão também chegar, a propósito de questões idênticas, a soluções opostas, no tocante à aplicação da convenção a situações concretas²⁶⁵.”

Tratado de Lisboa, Versão Consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 338 e 339.

²⁶⁴Ver conclusão 13) desse acórdão disponível no sítio: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0046:PT:PDF>, consultado em 03.02.2013.

²⁶⁵ Tradução nossa do francês: «La difficulté est que, même si les deux juridictions européennes peuvent se rejoindre sur l'interprétation à donner à la convention européenne des droits de l'homme - sur le plan, abstrait, de la signification à reconnaître à ses clauses - elles peuvent néanmoins aboutir, à propos de

Para superar o *décalage* entre a interpretação e a aplicação dos normativos Olivier de Schutter propõe o recurso ao método da ponderação dos interesses em presença já, anteriormente, usado pelo Tribunal de Justiça:

“(...) os direitos fundamentais reconhecidos pelo TJUE não surgem como prerrogativas absolutas, antes devem ser levadas em linha de conta a sua função na sociedade (...) podem ser impostas as restrições ao exercício destes direitos (...) na condição de que tais restrições correspondam a objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, tendo em conta esse fim, uma intervenção desmesurada e intolerável (...)”²⁶⁶.

Neste quadro, o princípio da autonomia da ordem jurídica europeia constitui um limite à aplicação das normas da CEDH e do seu acervo jurisprudencial. Do princípio de autonomia da ordem normativa da UE decorre que: “ (...) as questões da interpretação e aplicação do direito comunitário ou da União não se podem reger por procedimentos externos à própria União mas apenas de acordo com as regras instituídas no seu seio (...)”²⁶⁷.

A preservação da autonomia da ordem jurídica comunitária exige que os juízes do TJUE levem em linha de conta as características próprias da ordem jurídica europeia e detenham a última palavra na interpretação do direito primário e do direito derivado da UE.

O Parecer do Tribunal de Justiça 2/94 (emitido a propósito da adesão da UE ao sistema da CEDH) esclarece qual deve ser o papel outorgado às disposições da CEDH na ordem jurídica da UE: é apenas através da mediação dos princípios gerais de direito (com as particularidades que lhes atribui o direito da UE) que as normas da CEDH vigoram na UE.

questions identiques, à des solutions opposées quant à ce réclame l’application de la convention dans des situations concrètes.», in DE SCHUTTER, O. ob.cit. p. 214.

²⁶⁶ Tradução nossa do francês: in DE SCHUTTER, O. ob.cit. p. 240:

«(...) le droit de l’union européenne, même s’il faut objet d’un contrôle de la part de la Cour européenne des droits de l’homme ne serait en aucun cas interprété par cette juridiction, puisque, sans aucunement l’appliquer, elle se borne à le constater tel qu’il lui est donné, pour en vérifier la compatibilité avec les droits que garantissent la convention et ses protocoles additionnels. »

²⁶⁷ DE SCHUTTER, O. ob.cit. p. 240.

Isto significa que, o juiz reconhece o significado particular das normas da CEDH mas atribui-lhes um sentido próprio, compatível com as normas europeias. Assim, apesar dos tribunais poderem recorrer à jurisprudência do TEDH e à sua importação para a ordem jurídica da UE essa importação está submetida a um duplo teste:

- i. o da sua compatibilidade com os fins e interesses específicos prosseguidos pela UE;
- ii. o seu carácter subsidiário, em face da presença de normas ou soluções jurisprudenciais próprias do direito da UE.

Atentas as características pluralista e internormativa da ordem jurídica da UE, a CDFUE (por via do art. 53.º) e a CEDH, convivem com uma gama mais vasta de direitos que os EM, no primeiro caso e as partes contratantes, no segundo, oferecem aos seus cidadãos. Do ponto de vista da ordem jurídica da UE, a CEDH constitui apenas um mínimo ético não pretendendo impor níveis uniformes de protecção.

Por seu turno, o art. 53.º da CDFUE deve ser perspectivado como uma cláusula que produz efeitos puramente negativos, ou seja, não inibe os estados membros de alargar os níveis de protecção dos direitos fundamentais desde que, ao fazê-lo, não limitem os direitos previstos no direito da UE, no plano internacional (incluindo as Convenções a que se mostrem vinculados), na CEDH e nas constituições nacionais.

Significa isto que, os juízes podem aplicar soluções jurisprudenciais extraídas do TEDH (a fim de suprir lacunas detetadas na ordem jurídica da UE) desde que observadas as duas condições acima referidas: a compatibilidade com os objetivos e os fins prosseguidos pelos Tratados e o carácter subsidiário da CEDH.

Para Olivier de Schutter, o art. 53.º da CDFUE não é incompatível com a autonomia da ordem jurídica europeia, uma vez que, não ergue o juiz do TEDH no órgão de controlo das disposições vigentes na ordem jurídica de cada parte contratante nem na própria UE. Para este autor, a adesão da UE à CEDH não

constitui uma ameaça à autonomia do direito europeu antes contribui, decisivamente, para atribuir coerência ao sistema europeu de protecção dos direitos humanos e garantir uma tutela judicial efetiva aos particulares.

Em contrapartida, Maria Luísa Duarte defende a necessidade de um controlo *a posteriori*, por parte do TEDH, das normas e dos atos das instituições da UE e dos EM apontando, para fundamentar a sua posição, três argumentos:²⁶⁸

i. o princípio do juiz natural como manifestação típica, no plano da tutela judiciária, do primado do direito que faz do TEDH o tribunal competente para julgar as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção submetidas por qualquer parte contratante ou, por iniciativa dos particulares, uma vez esgotadas as vias de recurso internas;

ii. a deficiente ou insuficiente garantia europeia do direito à tutela judicial efetiva, em virtude, da dificuldade ou mesmo da impossibilidade de um particular impugnar a legalidade de ato normativo de direito europeu ainda que o fundamento se prenda com a alegada infração da CEDH;²⁶⁹

iii. o fato da CEDH ser o instrumento jurídico por excelência que exprime, de forma mais rigorosa e exigente, a vontade política e a convergência europeia no domínio dos direitos fundamentais com uma dupla incidência: no plano substantivo e no plano processual.

A tese de Maria Luísa Duarte parece colocar a ordem jurídica da UE numa posição de subordinação relativamente à ordem normativa resultante da CEDH, elevando o TEDH a órgão jurisdicional “fiscalizador” da legalidade, em matéria de direitos fundamentais. Desta tese decorre, necessariamente que, concretizando-se a adesão, a UE e os seus órgãos e instituições, gozarão de legitimidade processual ativa e passiva junto do TEDH.

Françoise Tulkens e Johan Callewaert explicam o modelo de relacionamento entre a ordem jurídica da CEDH e da UE através de um

²⁶⁸ DUARTE, M.L., *União Europeia e Direitos Fundamentais - no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 405.

²⁶⁹ É de salientar que, atualmente, já se encontra prevista no art. 263.º, § 4 do TFUE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa, a legitimidade processual ativa dos particulares para impugnarem os atos das instituições que lhes digam direta e individualmente respeito.

paralelismo entre lei geral - lei especial ²⁷⁰. Nesta linha de entendimento, a lei especial não substitui a lei geral mas completa-a no domínio específico da sua aplicação. Transpondo este raciocínio para a relação entre as duas ordens jurídicas dir-se-ia que, a CEDH representa a lei geral em matéria de direitos fundamentais e as normas do direito da UE, a lei especial. Nesta ótica, a convivência pluralista entre os dois órgãos jurisdicionais não só é possível como desejável e poderá vir a ser formalizada através da introdução de um sistema de “avis consultifs” ou mecanismo de consulta prévio entre os dois tribunais, de modo a permitir ao TJUE assegurar a interpretação do direito da UE de acordo com os cânones da CEDH, sob pena de se criarem “relativismos” interpretativos susceptíveis de comprometerem uma interpretação uniforme dos direitos fundamentais.

No contexto do diálogo interinstitucional entre os dois órgãos judiciários, o TEDH terá, necessariamente, a última palavra relativamente à interpretação e aplicação da CEDH porquanto, se assim não fosse, o sistema da convenção acabaria por ser, na prática, substituído pelo sistema de controlo jurisdicional da UE.

Em contrapartida, Maria José Rangel de Mesquita salienta que, a adesão da UE à CEDH “(...) acentua a dualidade de catálogos de direitos fundamentais (...)”. Assim sendo, a CDFUE tem preferência quando outorgue uma protecção superior e a competência jurisdicional do TEDH limita-se apenas à apreciação das violações das normas da CEDH. Nesta medida, quando estiverem em causa direitos consagrados, exclusivamente na CDFUE (e não na CEDH) a protecção jurisdicional só pode ter lugar por via do atual sistema de protecção de direitos fundamentais na UE, através de ações ou recursos contra EM e contra os órgãos da UE e, de acordo, com as regras vigentes na ordem jurídica da UE ²⁷¹.

Em nossa opinião, o acervo jurisprudencial e normativo da CEDH faz parte de um arquétipo europeu, em matéria de direitos fundamentais e garantias

²⁷⁰ Ob. cit. p. 185.

²⁷¹ MESQUITA, M. J. R., ob. cit. p. 89.

processuais, de carácter supranacional. Tais normativos podem ser aplicados, pelos tribunais dos EM e pelos tribunais europeus *stricto sensu*, inclusivamente, para suprir lacunas detetadas em determinados contextos.

O próprio TJUE quanto à interpretação e aplicação dos atos normativos europeus tem reconhecido a aplicação da CEDH enquanto barómetro interpretativo: “desde que tal regulamentação (nacional) entre no campo de aplicação do direito comunitário, o tribunal, em sede de reenvio prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pela jurisdição nacional, sobre a conformidade dessa regulamentação do direito nacional com os direitos fundamentais (...) tal como resultam, em particular, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁷²”.

No caso particular do *ne bis in idem*, este encontra-se previsto no art. 4.º do Protocolo 7 da CEDH, no art. 50.º da CDFUE e no art. 54.º da CAAS, tendo sido entendido como princípio geral estruturante do ordenamento jurídico da UE. A natureza jurídica principiológica do *ne bis in idem* e a sua inclusão nos normativos de direito primário outorga-lhe uma posição cimeira e uma dimensão constituinte no ordenamento da UE. Por outro lado, concede-lhe uma flexibilidade que tem permitido a sua emancipação face aos direitos internos e a sua adaptação a contextos supra-nacionais.

Todavia, esta estrutura tripartida e a sua configuração como princípio jurídico se, por um lado, lhe possibilitam um largo espectro de atuação e ductilidade (garantindo a sua aplicação transversal a diferentes áreas da integração) por outro, coloca em crise a segurança e a certeza jurídicas,

²⁷² Tradução nossa do francês: “(...) dès lors qu’une telle réglementation (nationale) entre dans le champ d’application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre prejudicial, doit fournir tous les éléments d’interprétation nécessaires à l’appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux (...) tels qu’ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l’homme.” Citação extraída do Acórdão ERT C-260/89 de 18 de junho de 1991, referenciado por SPIELMANN, D. *Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et Luxembourg: Dans le domaine des droits de l’Homme: conflits, incohérences et complémentarités* in L’Union européenne des droits de l’Homme, (Alston, P., direc.) Bruxelles, Bryulant, 2001, pp.699- 812. Contudo, em numerosos casos sujeitos à sua apreciação, o TJUE deixou em aberto as questões de fundo que lhe eram colocadas quando estas se reportavam à interpretação de normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, foi este o caso dos Acórdãos National Panasonic (C- 136/79 de 26 de junho de 1980) e Konstantinidis (C-168/91).

decorrentes da fluidez concetual dos seus elementos constituintes e dos distintos campos de aplicação daquela norma.

Esta realidade é suscetível de comprometer a sua aplicação *erga omnes* e de provocar uma colisão entre normas que contém previsões *ne bis in idem*. Esta dificuldade foi, recentemente, assinalada pela AG KoKott nas conclusões proferidas, em 08 de setembro, no âmbito do processo C -17/10 - *Toshiba Corporation and Others* em matéria de direito europeu da concorrência.

Ali, a AG salienta a necessidade de assegurar uma interpretação e aplicação uniformes do *ne bis in idem* na ordem jurídica da UE defendendo que não é aceitável efetuar-se uma distinção com base no ramo do direito. Para a AG, a CEDH descreve o nível mínimo que deve ser assegurado ao *ne bis in idem* no direito da UE, ao abrigo de um princípio de homogeneidade ²⁷³.

Uma das funções do arquétipo europeu de garantias de defesa é a de assegurar uma interpretação e aplicação coerentes do *ne bis in idem* no direito primário e secundário da UE, facilitando a tarefa dos tribunais e das autoridades nacionais no momento da aplicação dessas disposições, diminuindo a ocorrência de conflitos sistémicos.

2.2 A previsão *ne bis in idem* no art. 4.º do Protocolo 7 da CEDH e a jurisprudência do TEDH

No domínio da CEDH (tal como decorre do art. 4.º do P 7 em conjugação com o art. 15.º da Convenção, que enuncia os direitos intangíveis) o *ne bis in idem* assume-se como um princípio absoluto e inderrogável (mesmo em caso de guerra ou de forte perturbação da ordem pública).

Contudo, o seu âmbito de aplicação territorial, circunscrito à jurisdição interna de cada parte contratante, não o configura como princípio transnacional, ao contrário do previsto nas disposições dos arts. 54.º da CAAS e 50.º da

²⁷³ Vejam-se os pontos 117), 118) e 120) das referidas conclusões, disponíveis no sítio: <http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=606881:cs&lang=pt&list=606881:cs,512732:cs,522497:cs,490474:cs,489015:cs,485227:cs,461236:cs,448192:cs,418808:cs,418388:cs,&pos>, consultado em 03.02.2012.

CDFUE. Historicamente, tem sido este o entendimento sufragado pelos órgãos da Convenção e que se encontra vertido, nomeadamente, no Parecer da Comissão dos Direitos do Homem proferido nos casos *Buzunis c. Grécia*, de 02 de dezembro de 1994 e *Amrollahi c. Dinamarca* de 28 de junho de 2002²⁷⁴.

Todavia, a jurisprudência do TEDH relativa ao art. 4.º do P 7 anexo à CEDH, mostra-se casuística e pouco desenvolvida, comparativamente ao dinamismo revelado pelo TJUE em torno do art. 54.º da CAAS. Tal deve-se a inúmeros fatores designadamente, às dificuldades suscitadas pela concretização dos elementos *bis* e *idem* por força das distintas configurações legislativas e dogmáticas dos sistemas de justiça de cada parte contratante. O TEDH tem resistido a impor às partes contratantes a opção por um determinado modelo de justiça penal, deixando essa margem de apreciação e decisão às autoridades nacionais, dado que, o sistema jurídico instituído sob a égide do Conselho da Europa não assume um escopo integracionista nem visa a convergência legislativa entre as partes contratantes, como salienta Karakosta:

“Por outro lado, é incontestável que o Tribunal abstém-se, em princípio, de questionar as escolhas dos Estados quanto à organização do seu sistema jurídico. Como o Tribunal já salientou a propósito de outras disposições, pertence às autoridades nacionais a organização da justiça penal e do sistema repressivo, cabe-lhes decidir quais os valores morais e sociais que devem ser protegidos por lei (...) Estas constatações valem no tocante à aplicação do art. 4.º do P 7 porquanto, o Tribunal não imporá aos estados o procedimento a seguir a fim de sancionar um comportamento contrário à lei. Parece que o Tribunal reconhece aos Estados uma certa margem de apreciação quanto à aplicação do art. 4.º do P 7²⁷⁵.”

²⁷⁴ Vide, KARAKOSTA, C. ob. cit. p. 119.

²⁷⁵ Tradução nossa do francês: “ D’un autre côté, il est incontestable que la Cour s’abstient en principe de remettre en question les choix des Etats quant à l’organisation de leur système juridique. Comme la Cour a déjà constaté au sujet d’autres dispositions, il appartient aux autorités nationales d’organiser la justice pénale et le système répressif, de décider quelles sont les valeurs morales et sociales qui doivent être placées sous la protection de la loi (...). Ces constats valent d’ailleurs pour l’application de l’article 4 du protocole 7, puisque la Cour ne saurait imposer aux Etats la procédure à suivre afin de sanctionner un comportement considéré comme contraire à la loi. Il semble donc que la Cour reconnaisse aux Etats une

No entanto, apesar do sistema da convenção e da jurisprudência do TEDH assegurarem essa margem de conformação ao legislador nacional, um dos mais importantes contributos dados pelo TEDH para a proteção do indivíduo no que concerne à prevenção dos duplos procedimentos sancionatórios foi a ampliação do conceito de “pena” e de “matéria penal”, para efeitos de aplicação das garantias de defesa dos arts. 6.º da CEDH e 4.º do P 7, o que permitiu a sua extensão ao direito da concorrência.

Na interpretação do elemento *bis*, o TEDH recorreu a princípios extraídos de outras disposições da CEDH, designadamente, do art. 6.º (direito a um processo equitativo) e do art. 7.º (princípio da legalidade dos delitos e das penas).

No Acórdão *Gradinger v. Áustria*, proferido em 23 de outubro de 1995, o TEDH percorreu três questões fundamentais:

- i. definiu o seu entendimento sobre o que é o procedimento penal;
- ii. estabeleceu em que momento se considera existir um "julgamento definitivo" e;
- iii. concretizou a etapa em que se considera "aberto" o segundo procedimento.

Para responder a estas questões, o Tribunal guiou-se pela jurisprudência já firmada em arestos anteriores. Relativamente ao alcance e significado do termo “penal”, o TEDH já havia entendido anteriormente que, esta noção não poderia ser construída apenas por reporte ao direito interno de cada parte contratante mas antes ao abrigo de um princípio de autonomia interpretativa da convenção, firmada nos arts. 6.º e 7.º da CEDH. Nesta medida, a noção de “pena” contemplada no art. 7.º comportava um sentido próprio, reportando-se à aplicação de sanções na sequência de condenação pela prática de uma infração. Na óptica do TEDH haveria que atender ao fim da medida, à sua qualificação no direito interno, aos procedimentos associados à sua adoção e execução, bem como à sua gravidade (*vide*, entre outros, os acordãos *Van Droogenbroeck c.*

certaine marge d’appréciation quant à l’application de l’article 4 du Protocole nº7.” in KARAKOSTA, C.ob. cit.p. 112.

Bélgica, proferido em 24 junho de 1982, *Welch c. Reino Unido*, proferido em 9 de fevereiro de 1995).

O TEDH transpôs, para a interpretação do art. 4.º do P 7, as noções de "procedimento penal" e "matéria penal" elaboradas no quadro dos arts. 6.º, §1 e 7.º da CEDH. Ao fazê-lo alargou, de forma considerável, o campo de aplicação do *ne bis in idem* porquanto, este passou a abranger não apenas os procedimentos tradicionalmente entendidos como penais (e assim definidos pelos ordenamentos internos) mas, igualmente, os procedimentos administrativos e fiscais (*vide*, acordãos *Gradinger c. Áustria*, *Ponsetti et Chesnel c. França*, *Goktan c. France*, datados de 2 de julho de 2002 e *Maszni c. Roménia*, de 21 de setembro de 2006).

No § 66 do acórdão *Franz Fischer* (proferido a 29 de maio de 2001) o TEDH explica que, não é um elemento essencial à caracterização de um procedimento como penal saber se o procedimento administrativo foi precedido ou seguido de um tal procedimento. O Tribunal não excluiu a possibilidade de decisões tomadas em procedimentos administrativos internos poderem, à luz da CEDH, assumir um caráter punitivo e assemelharem-se, consequentemente, a sanções penais. Todavia, o Tribunal não considerou como penais as medidas preventivas que não implicam qualquer julgamento sobre o mérito da causa nem se pronunciem sobre a culpabilidade do agente (*vide Escoubet c. Bélgica*, 28 outubro 1999, § 37). Destarte, uma medida administrativa de suspensão provisória de condução, não pode ser qualificada de penal no sentido do art. 4.º do P 7.

Relativamente à concretização do conceito de julgamento definitivo à luz do § 2 do art. 4.º do P 7, o Tribunal entende que ocorre um «julgamento definitivo» quando se verifica a *res judicata*, ou seja, o trânsito em julgado da decisão. Esta questão está intimamente associada ao esgotamento prévio das vias de recurso internas (de notar que, para o tribunal, a previsão de medidas extraordinárias de recurso no direito nacional não afeta a noção de julgamento definitivo).

Contudo, a segunda parte do § 2 do art. 4.º do P 7 não impede a reabertura do processo, em conformidade com a lei interna e o procedimento penal do

estado contratante, de acordo com a doutrina vertida nos acordãos *Nikitin et Bratyakin v. Russia* ²⁷⁶. Neste último aresto, Tribunal distingue a dupla perseguição do duplo procedimento e da retoma dos procedimentos em circunstâncias excepcionais. Para os juízes do TEDH, o essencial é que o segundo procedimento seja legal à luz do direito interno e respeite as exigências do art. 6.º da CEDH, ou seja, que observe os requisitos de um processo equitativo.

Nesta medida, o segundo procedimento penal pode iniciar-se com a dedução de uma acusação, no momento da detenção, da instauração do inquérito preliminar ou da perseguição de uma pessoa a quem seja atribuída a qualidade de suspeito, vejam-se os acordãos *Casse c. Luxemburgo*, 27 de abril de 2006, os § 28 a 33 do acórdão *Deweert c. Bélgica*, de 27 fevereiro de 1980.

No que concerne ao elemento *idem* e, ao contrário da maior parte das ordens jurídicas continentais (que adotam uma conceção material ou histórica de fato por ser essa a que garante maior protecção ao indivíduo) o Tribunal optou, inicialmente, pela consideração de um *idem* legal baseando-se, para esse efeito, no elemento literal do art. 4.º do P 7, do qual consta uma referência ao termo «infração».

No âmbito do acórdão *Franz Fischer*, o TEDH clarificou a sua jurisprudência conciliando as duas posições antagónicas anteriormente vertidas nos acordãos *Gradinger c. Suisse* e *Oliveira c. Suisse* (proferido em 23 de outubro de 1995).

De acordo com a análise de Karakosta: “O predomínio do *idem* legal na jurisprudência do tribunal não pode deixar de ter consequências sobre a abordagem seguida pelas jurisdições internas dos diferentes países europeus. Nesta perspetiva, importa destacar a decisão do Conselho Constitucional francês de 19 de novembro de 2004 sobre o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Com efeito, no considerando 20, o Conselho admite que o art. II-

²⁷⁶ Vide, o Acórdão *Nikitin c. Russia*, proferido em 12 de dezembro de 2004 e disponível no sítio <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61928>, o Acórdão *Bratyakin v. Russia*, foi proferido em 09 de março de 2006, pela 3ª secção, e pode ser consultado no sítio: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72836>.

110 daquele Tratado, que consagra o *ne bis in idem*, não será conforme à constituição francesa a não ser que parta da noção de *idem* legal. Parece assim que, a admissibilidade do dito princípio pelo juiz constitucional francês mostra-se condicionada à teoria da identidade da infração, tal como aplicada pelo TEDH²⁷⁷ .

A mais recente a jurisprudência do TEDH proferida em torno do *idem* (vertida no acórdão *Serguei Zolotoukhine c. Rússia* proferido em 20 de fevereiro de 2009) denota a preocupação daquele órgão jurisdicional em “harmonizar” as interpretações jurisprudenciais anteriores. Subjacentes a esta preocupação encontram-se razões de segurança jurídica e igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei, as quais, justificam uma convergência de entendimentos quanto ao sentido daquela expressão.

Na decisão em causa, o TEDH aproxima a sua interpretação daquela que foi expressa pelo TJUE quanto ao elemento *idem* do art. 54.º da CAAS concluindo para o efeito que, apenas uma conceção material do fato assegura os direitos da pessoa:

“O tribunal deve portanto transformar a sua perspetiva sobre fatos de molde a entendê-los como um conjunto de circunstâncias fático-concretas que implicam o mesmo infrator e estão indissociavelmente ligadas entre si no tempo e no espaço para que possa ser pronunciada uma condenação ou se possam invocar nas ações penais²⁷⁸ .”

²⁷⁷ Tradução nossa do francês : "La prédominance de l' *idem* légal dans la jurisprudence de la Cour n'est pas sans conséquences sur l'approche suivie par les juridictions internes des différents pays européens. A cet égard, il est intéressant de mentionner la décision du Conseil constitutionnel français du 19 novembre 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, dans son considérant n.º 20, le conseil constitutionnel a admis que l' article II-110 dudit Traité qui consacre le *ne bis in idem*, ne serait conforme à la Constitution française que sur la base de la notion de l' *idem* légal. Il semble donc que l' admission dudit principe par le juge constitutionnel français soit conditionné par la théorie de l'identité de l'infraction, telle qu'appliquée par la cour." in KARAKOSTA, C.: *Ne bis in idem: une jurisprudence peu visible pour un droit intangible* in Revue Trimestrielle des Droits de L'homme, 19^{ème} année, n.º73, 1^{er} Janvier 2008, p.25.

²⁷⁸ Tradução nossa do castelhano: “El Tribunal debe por lo tanto trasladar su examen sobre estos hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor e indissociablemente unidas entre ellas en el tiempo y el espacio, debiendo ser demostrada la existencia de estas circunstancias para que puea ser pronunciada una condena o que se puedan invocar acciones penales. in Acórdão do TEDH proferido em 10 de fevereiro de 2010, *Serguei Zolotoukhine c. Rússia*,

Pese embora não se possam ainda efetuar balanços definitivos quanto ao papel que cada um dos órgãos jurisdicionais europeus irá ter na interpretação daquele direito e garantia fundamental, o acórdão *Serguei Zolotoukhine c. Rússia* denota um esforço de “convergência interpretativa” relativamente aos elementos que compõem o *ne bis in idem*.

Nesta medida, é de assinalar que apesar dos distintos campos de aplicação dos normativos do art. 54.º da CAAS e do art. 4.º do P 7, a vocação *erga omnes* daquele princípio apenas se poderá evidenciar e plenipotenciar num contexto hermenêutico coerente e homogéneo que assegure sua vigência efetiva no ELSJ, do qual a mais recente jurisprudência do TEDH é testemunho.

3. A consagração do *ne bis in idem* no art. 54.º da CAAS: as restrições e as exceções ao seu âmbito de aplicação

A matriz e o tratamento *jus científico* do *ne bis in idem* no Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça resultaram da jurisprudência do TJUE produzida a partir da interpretação e aplicação das disposições do art. 54.º e ss da CAAS.

O Acordo de Schengen ²⁷⁹ teve como objetivo a supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns e a instauração de um regime de livre circulação dos nacionais dos Estados signatários. Por seu turno, a CAAS completou o acordo e definiu as condições de aplicação e realização desta livre circulação ²⁸⁰.

Tanto o Acordo de Schengen como a CAAS (bem como as regras adotadas com base nestes dois textos e nos acordos conexos) constituem o chamado «acervo de Schengen» que foi integrado no quadro institucional e jurídico da UE, por força de um protocolo anexo ao Tratado de Amesterdão. A

disponível no sítio www.echr.coe.int/.../Cases+pending+before+the+Grand+Chamber, consultado em 18.01.2011.

²⁷⁹ Assinado entre a Alemanha, a Bélgica, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos, em 14 de junho de 1985.

²⁸⁰ A CAAS foi assinada em 19 de junho de 1990 pelos mencionados cinco EM e entrou em vigor em 1995.

incorporação deste acervo normativo no quadro institucional e jurídico da UE revestiu importantes consequências interpretativas dado que, se configurou como um instrumento jurídico da integração europeia contribuindo para a realização dos fins dos Tratados ²⁸¹.

No entanto, não deixa de ser paradoxal que, a consagração do *ne bis in idem*, no espaço da UE, não tenha tido lugar num instrumento jurídico (originário) do direito europeu. De um ponto de vista genético e ontológico, as normas dos arts. 54.º a 58.º da CAAS não estão ligadas à fundação do projeto europeu, tendo apenas sido neste integradas em momento muito ulterior, através do protocolo anexo ao TUE e ao TCE, por via do Tratado de Amesterdão. Tais normas mostram-se relacionadas com a liberdade de circulação de pessoas e mercadorias e não, pelo menos, diretamente, com os direitos e garantias fundamentais.

Ao arrepio do que tem sido a contextualização e a fundamentação axiológica do problema nos direitos internos e no plano do direito internacional (em que este princípio está intimamente ligado aos debates sobre a soberania, direitos fundamentais e aos limites ao direito de punir) a questão do *ne bis in idem* europeu tem estado, sobretudo, associada à liberdade de circulação das pessoas no espaço comum, como pilar e suporte da construção daquela realidade económica. Esta perspetiva funcionalista e instrumental daquele princípio (suportada na jurisprudência do TJUE) é reveladora do estado dos direitos fundamentais e, em concreto, das garantias de defesa na UE, ou seja, uma matéria sensível que, até à entrada em vigor da CDFUE, não assumiu dimensão constituinte nem supranacional.

Por outro lado, as origens do debate em torno deste princípio, no contexto do direito europeu radicaram, não no direito penal propriamente dito, mas antes no direito da concorrência e nas competências sancionadoras - administrativas da Comissão Europeia, neste domínio. Para John Vervaele, a génese europeia do *ne*

²⁸¹ Neste sentido, COSTA RAMOS, V.: *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 207.

bis in idem pode ser vislumbrada na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias firmada quanto ao duplo sancionamento em matéria de violação aos normativos comunitários sobre concorrência. Essa jurisprudência admitiu, nesta sede, a coexistência quer de sanções estatais quer de sanções aplicadas pela Comissão e formulou um entendimento que visou mitigar os efeitos negativos do duplo sancionamento, que foi apelidado de princípio do desconto e, na terminologia da dogmática alemã -*Anrechnungsprinzip*²⁸².

No âmbito da CAAS, o campo de aplicação geográfica do *ne bis in idem* ultrapassa as fronteiras do estado nação e estende-se a um âmbito territorial alargado (o princípio é convocado para obstar à prossecução de duplas perseguições penais ao mesmo indivíduo, pelos mesmos fatos, no espaço Shengen e, por via da inclusão desta convenção no acervo da UE, também no espaço da UE). Não obstante, contrariamente ao disposto no art. 4.º do P 7 anexo à CEDH e no art. 50.º da CDFUE (nos quais, o princípio reveste carácter direito absoluto e inderrogável), aquele admite na CAAS, uma condição de execução, prevista na 2ª parte do art. 54.º e um elenco de exceções constantes dos arts. 55.º e ss²⁸³.

Efetivamente, a 2ª parte do art. 54.º da CAAS subordina a sua aplicação à verificação da seguinte condição: o *ne bis in idem* apenas opera caso o sujeito visado pelo procedimento penal já haja sido condenado numa jurisdição de outro estado contratante e a sanção aplicada já tenha sido executada, esteja em curso de execução ou já não o possa ser, segundo a legislação da parte contratante que a haja proferido. A *ratio legis* deste normativo radica na necessidade de evitar que os cidadãos se coloquem, de forma voluntária, em posição de não cumprirem a sanção e depois se pretendam fazer valer da operacionalidade da garantia *ne bis in idem*.

No que concerne à condição de execução prevista na 2ª parte do art. 54.º da CAAS, Costa Ramos (seguindo, neste ponto, o entendimento de Mänsdorfer)

²⁸² Neste sentido, VERVAELE, J.A.E: *Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el Ne Bis In Idem Praetoriano del Tribunal de Justicia*, in *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, (coord.) Montserrat de Hoyos Sancho, Valladolid, Lex Nova, 1ª ed. 2008.

²⁸³ Neste sentido, COSTA RAMOS, V., ob. cit.p. 303.

defende que, o conceito de sanção é abrangente e engloba, não só as penas privativas de liberdade, como as penas pecuniárias ou as de trabalho a favor da comunidade, admoestação e/ou isenção de pena²⁸⁴. Já o segmento da norma que se refere a “*sanção que já não possa ser executada segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida*” reportar-se-à a casos como a amnistia e o perdão.

A CAAS prevê três restrições (mediante declaração de reserva do estado contratante) à aplicação do *ne bis in idem* e que se prendem com a soberania nacional, o tipo de crime (s) e a qualidade do agente que o(s) pratica. Essas exceções respeitam à aplicação do princípio da territorialidade (art. 55.º, n.º1, al. a), aos crimes contra a segurança do estado ou de outros interesses nacionais (art. 55.º, n.º1, al. b) e quanto à qualidade de funcionário com violação dos deveres a seu cargo (art. 55.º, n.º1, al.c).

A exceção da territorialidade que delimita, tradicionalmente, a jurisdição penal do estado constitui, na CAAS, um impeditivo ao funcionamento do princípio *ne bis in idem*.

A França foi um dos estados contratantes que efetuou uma reserva à aplicação da CAAS com base na exceção da territorialidade. Com base nessa exceção, um tribunal criminal francês decidiu que: “Nenhuma disposição do direito interno impede a perseguição, perante a jurisdição francesa, de um estrangeiro condenado no seu país por um crime ou delito cometido no território da República Francesa²⁸⁵”.

A decisão do tribunal francês evidencia a persistência de uma conceção clássica da soberania estadual quanto à prevalência do princípio da territorialidade da lei penal que recusa o reconhecimento do efeito preclusivo das decisões de tribunais estrangeiros ainda que reportados aos mesmos fatos e à

²⁸⁴ Vide, COSTA RAMOS, V.C. ob cit. p.304.

²⁸⁵ Tradução nossa do francês: “Aucune disposition de droit interne n’interdit de poursuivre, devant les juridictions françaises, un étranger condamné dans son pays, pour un crime ou un délit commis sur le territoire de la République française.”, in Decisão de um tribunal criminal francês, de 17 de março de 1999, insita no Bulletin Criminel, n.º 44, RG proc.1999, p. 645, citada por REBUT, D.: *Article II-110º*, in *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, Commentaire article par article, partie II, La Charte des droits fondamentaux de l’Union, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.630.

mesma pessoa.

Consequentemente, para os tribunais franceses, os julgamentos e as decisões de outros estados contratantes da CAAS não produzirão efeito *ne bis in idem* na ordem jurídica interna francesa quando tenham por objeto fatos relativamente aos quais, o estado francês tenha, de acordo com a sua lei interna, competência territorial para perseguir penalmente o infrator. Ou seja, nestas situações o *ne bis in idem* encontra-se limitado pela prevalência do princípio da territorialidade ainda que, essa limitação, traduza um prejuízo para os direitos do cidadão visado e constitua uma limitação da vocação sua *erga omnes*.

As demais exceções (previstas nos normativos das alíneas b) e c) do n.º1 do art. 55.º da CAAS) abrem caminho a que um cidadão possa ser objeto de um novo julgamento (ou, pelo menos, visado em nova ação penal) por outro estado contratante se a infração tiver sido praticada contra interesses fundamentais desse estado ou cometida por funcionário em violação dos seus deveres funcionais.

Nestes casos, havendo julgamento e (nova) condenação, apenas haveria que proceder ao desconto da pena já cumprida na pena ora aplicada (princípio do desconto ou *Anrechnungsprinzip*).

O Conselho de Estado Francês considerou que a exceção relativa às infrações cometidas por funcionários prevista no art. 55.º, n.º1, al.c) da CAAS deveria permanecer inalterada. O Estado francês não renuncia a perseguir penal ou disciplinarmente os seus funcionários (que já hajam sido condenados pelos mesmos fatos noutro ordenamento jurídico) numa derrogação clara de qualquer princípio de unidade da ação repressiva²⁸⁶.

A subsistência das exceções e da cláusula de execução acima mencionadas restringem o princípio da unidade da ação penal na UE (proposto por Lelieur-Fischer) enquanto fundamento do *ne bis in idem*. Para a autora, importa rever as normas europeias sobre o *ne bis in idem*, nomeadamente, as constantes do art. 54.º e ss da CAAS efetuando uma (re) interpretação conforme ao espírito dos

²⁸⁶ Vide, Lelieur-Fischer, J : “Observations sur le Livre Vert sur les conflits de compétence et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales », p. 34, consultado em 09.06.09 in : www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction.

Tratados e ao acervo da UE, a fim de garantir a ampla aplicação do princípio da unidade da acção repressiva na UE ²⁸⁷.

Também o conceito de “sentença definitiva”²⁸⁸ insito no art. 54.º da CAAS, não deverá ser concretizado a partir do reenvio para as concetualizações das jurisdições nacionais mas por via de uma formulação autónoma, de génese europeia. Lelieur-Fischer sugere um entendimento amplo que abarque as decisões proferidas por uma autoridade (independentemente de ser ou não um juiz) que, do ponto de vista do visado se lhe apresentem como resolução definitiva do caso, sejam ou não proferidas após um inquérito, precedidas ou não de julgamento e, independentemente, do reconhecimento de culpa do visado.

A autora entende que, o fato de a decisão ser suscetível de recurso não obsta ao funcionamento do *ne bis in idem*, nos termos do art. 54.º da CAAS. Por outro lado, defende que, a formulação de um *ne bis in idem* europeu deve abarcar não apenas as ações penais mas todos os procedimentos repressivos, sejam eles de natureza administrativa ou disciplinar. Propugna a adoção, nesta sede, da jurisprudência firmada pelo TEDH, a propósito da interpretação do art. 6.º da CEDH, a qual, adota uma formulação compreensiva que abarca não apenas as decisões penais em sentido estrito, mas todas as medidas de carácter sancionatório, assente num postulado teórico de unidade da ação repressiva suscetível de fundamentar, nesta visão, o *ne bis in idem* europeu.

Para Lelieur - Fischer, a deslocação do fundamento doutrinário do *ne bis in idem* do caso julgado para o conceito de unidade da ação repressiva, quanto aos mesmos fatos, justifica-se porque este último constitui um princípio e um valor jurídico autónomo que permite a (re) construção dogmática do *ne bis in idem* europeu.

Um entendimento amplo do *ne bis in idem* justifica-se enquanto corolário do direito à livre circulação de pessoas no espaço da UE e faz tanto mais sentido quanto maior for o aprofundamento do ELSJ e maiores os riscos relativos à

²⁸⁷ Também Costa Ramos segue este entendimento na obra citada, *vide* p. 34 e ss.

²⁸⁸ «Décision Définitive» na terminologia da versão francesa daquele normativo.

multiplicação de procedimentos e de (eventuais) sanções contra a mesma pessoas pelos mesmos fatos. Riscos esses que contribuem para a criação de um sentimento de insegurança individual e jurídica dos cidadãos no espaço europeu.

O *ne bis in idem* traduz-se na materialização objetiva de um direito subjetivo – o direito à unidade da ação repressiva pelos mesmos fatos. De acordo com Lelieur-Fischer só este entendimento permitirá racionalizar, na UE, a pluralidade de atuações repressivas que a descredibilizam. Esta construção assenta na dignidade da pessoa humana, direito fundamental que encontra, no art. 6.º do TUE e no Preâmbulo da CDFUE sólida consagração, ao emergir como valor indivisível e universal sobre “o qual se funda a União”.

3.1 Apreciação crítica da tese de Lelieur-Fischer

A tese descrita e o fundamento em que assenta, apesar do importante contributo dogmático que representa para a construção do *ne bis in idem* europeu, não é compatível com o atual estado de desenvolvimento da integração europeia e, particularmente, do ELSJ.

A construção de Lelieur-Fischer enfrenta três obstáculos de ordem filosófica e normativa: a manutenção de postulados de soberania estadual, as diferenças legislativas nacionais entre os EM da união, que introduzem fluidez concetual nos elementos constituintes do *ne bis in idem* e, finalmente, a ausência de um mecanismo vinculativo de alocação de competências sancionatórias no ELSJ, temática que entronca na questão das soberanias estaduais.

Relativamente à persistência do dogma da soberania estadual, apesar dos esforços integracionistas, o discurso jurídico-filosófico produzido em torno do projeto de integração europeia é ambivalente porquanto, questiona e recalca simultaneamente a questão ²⁸⁹. Questiona dado que, reequaciona o conceito de

²⁸⁹ Neste sentido, TUNHAS, P. *Soberania: Conceito e Actualidade*, Instituto de Filosofia da Linguagem da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Manuscrito inédito, Abril de 2014, p. 8.

soberania, os seus limites, fundamentos e atuais configurações e recalca porque oculta e olvida o peso, a história e, no limite, a própria existência da soberania estadual.

No caso da UE, o discurso político e filosófico apesar de ambivalente tem sido pautado por uma visão otimista, assente na crença e nas virtudes de uma sociedade cosmopolita global emancipada dos estados-nação pós-vestefálicos e que a UE corporizaria. A superação da lógica soberana (posição assumida por Derrida e Pogge) abriria caminho à emancipação cosmopolita do indivíduo e à criação de uma alternativa ao paradigma do estado nação e ao “mau estar da soberania”. Tratar-se-ia, na esteira de Derrida, de uma altermundialização de que a Europa seria pioneira ²⁹⁰.

Para Pogge a universalização do indivíduo e dos seus direitos seria uma consequência natural da participação dos sujeitos em fenómenos globais e uma resposta às contingências impostas pelas fronteiras da soberania:

“Desde que haja uma pluralidade de culturas auto-contidas, a responsabilidade por essas violações não se estende para além das fronteiras. É apenas porque todos os seres humanos são agora participantes num único e global esquema institucional que envolve instituições como o estado territorial, o sistema jurídico internacional, a diplomacia bem como o mercado mundial de capitais, bens e serviços, que todas as violações dos direitos humanos tornaram-se, pelo menos potencialmente, em preocupações de toda a gente ²⁹¹”.

Pogge propugna a emergência de uma moral cosmopolita que rejeita a centralização da defesa dos direitos do indivíduo no estado, enquanto entidade política de substrato territorial, em prol de uma tutela alargada desses direitos.

²⁹⁰ DERRIDA, J. : *Le souverain bien - ou L'Europe en mal de souveraineté*, Cités, 2007/2, n.º 30, p. 103-140.

²⁹¹ Tradução nossa do inglês: “So long as there is a plurality of self-contained cultures, the responsibility for such violations does not extend beyond their boundaries. It is only because all human beings are now participantes in a single, global institucional scheme – involving such institutions as the territorial state and a system of international law and diplomacy as well as a world of market for capital, goods and services- that all human rights violations have become to be, at least potentially, everyone’s concern”, in POGGE, T. *Cosmopolitanism and Sovereignty*, Ethics, vol. 103, Nº.1 (Oct. 1992) pp. 48-75, disponível no sítio: <http://www.jstor.org/stable/2381495>, consultado em 09.04.2014.

Contudo, não advoga o aparecimento de um estado universal (que mais não seria do que uma outra manifestação da proeminência da soberania estadual):

“Na dimensão vertical, a soberania está fortemente concentrada num único nível; são os estados e apenas estes (...). Os governos nacionais dominam e controlam o poder decisório das unidades políticas mais pequenas bem como as decisões de carácter supranacional, que tendem a ser tomadas numa base reivindicativa intergovernamental ²⁹²”.

A tese de Lelieur Fischer filia-se, em parte, nestes dois substratos filosóficos porquanto, ao erguer a dignidade da pessoa humana em fundamento do *ne bis in idem* coloca o indivíduo no epicentro do discurso normativo e como limite à própria soberania estadual, ao mesmo tempo que, desconstrói as pretensões soberanas da estadualidade levando-as, em nome da unidade da acção repressiva e dos direitos fundamentais, a abdicar do *ius puniendi*.

Todavia, apesar de se reconhecer o carácter universal da dignidade da pessoa humana e o fundamento axiológico que nele se pretende vislumbrar afigura-se-nos prematuro sustentar o *ne bis in idem* num princípio de unidade da acção repressiva no estágio atual de desenvolvimento da UE, particularmente do ELSJ. A unidade da acção repressiva pressupõe a impossibilidade de reiterar uma acção penal já anteriormente realizada noutra jurisdição e o reconhecimento dos efeitos processuais e substantivos de uma decisão proferida, quanto aos mesmos fatos e à mesma pessoa, por outra jurisdição de um EM.

A persistência de um paradigma assente na soberania estadual, a pluralidade e diversidade de sistemas jurídicos coexistentes no seio da UE e o modelo de aplicação territorial da lei penal, dificultam a transnacionalização do *ne bis in idem* assente na unidade da acção repressivo-sancionatória. Como afirma Tunhas: “A crença na soberania do estado é uma crença que, de uma certa maneira, é para nós compulsiva. (...) os estados soberanos possuem uma

²⁹² Tradução nossa do inglês: “In the vertical dimension, sovereignty is very heavily concentrated at a single level; it is states and only states (...). National governments dominate and control the decision making of smaller political units as well as supranational decisions, which tend to be made through intergovernmental bargaining.” in POGGE, T. ob.cit. p. 58.

arquitectura mais inteligível do que a da União Europeia e em parte porque eles se revestem de uma dimensão passional que a abstrata Europa não possui ²⁹³.”

Outro dos obstáculos à unidade da ação repressiva na ordem jurídica da UE resulta do *deficit* de harmonização, quer em matéria de incriminações e sanções, quer em matérias atinentes aos direitos processuais das pessoas (pese embora as recentes evoluções neste campo) e que impedem que se possa falar, para já, num conceito unívoco de ação repressiva.

Apesar da temática dos direitos humanos se encontrar na vanguarda do discurso normativo da UE é de realçar que, durante vários anos, esta matéria foi arredada das preocupações políticas e institucionais dos EM quando estava em causa a definição do rumo do projeto europeu. Atualmente, porém, o panorama sofreu alterações substanciais e a questão está, constatada a proliferação de instrumentos normativos que consagram direitos fundamentais, em encontrar uma hermenêutica que assegure a continuidade epistemológica entre eles. A necessidade dessa hermenêutica, epistemologicamente coerente, decorre das exigências de segurança jurídica e individual que os ordenamentos jurídicos democráticos procuram garantir aos seus cidadãos.

Os primeiros anos deste milénio foram particularmente profícuos no tocante à jurisprudência produzida pelo TJUE, no âmbito do ELS. Apesar de todas as dificuldades sentidas pela Europa na construção de um ideário penal comum (inicialmente ancorado no terceiro pilar) e que satisfaça, de forma eficaz, as suas necessidades de segurança, o caminho tem sido, sobretudo, trilhado pelo TJUE, liberto que se encontra de quaisquer constrangimentos de carácter político.

No entanto, como assinala Robert Roth²⁹⁴ encontramos-nos num período crucial de transformação dos ordenamentos jurídicos internos, divididos entre a manutenção e salvaguarda dos direitos fundamentais contidos nos instrumentos jurídicos tradicionais (as Constituições e as legislações penais) e as dinâmicas de integração em espaços normativos supraestatais, com a consequente *remise en*

²⁹³ TUNHAS, P. ob. cit. p. 10.

²⁹⁴ Vide, ROTH, R. : “*Ne bis in idem* transnational: vers de nouveaux paradigmes?”, ob. cit. p. 132.

question desse património normativo. Daí que, no atual período de transição e de profundas mudanças estruturais, os princípios e conceitos que se sedimentaram, historicamente, num determinado quadro sistémico, careçam de uma profunda análise hermenêutica, que encontra bloqueios e frequentes pontos de tensão. No que toca ao princípio *ne bis in idem* – essas dificuldades giram em torno de dois pólos: o *bis* e o *idem*.

As dificuldades sentidas no esforço de reconstrução dogmática deste princípio prendem-se, não só com as diferenças linguísticas e concetuais entre os ordenamentos jurídicos mas também, com as consequências que tal reconstrução dogmática poderá vir a ter na esfera político - criminal e no equilíbrio dos princípios do reconhecimento mútuo e da harmonização penal.

O sistema jurídico da UE assume uma génese bidimensional assente numa superestrutura normativa e numa infraestrutura nacional. São os ordenamentos nacionais que consagram os mecanismos processuais e se mostram dotados de uma arquitetura institucional que permite concretizar e aplicar o direito da UE. Os EM não pretenderam abdicar desta dimensão da soberania nacional em prol de uma entidade supraestadual que detenha o monopólio do *ius puniendi*. Tão pouco pretenderam, até ao momento, consagrar mecanismos de alocação de competências sancionatórias vinculativas a um único EM nos casos de procedimentos criminais com dimensão transfronteiriça.

Em 2003, a República Helénica propôs a adoção de uma decisão quadro em matéria de *ne bis in idem*, com o objetivo de clarificar terminologicamente as disposições da CAAS que dizem respeito aquele princípio²⁹⁵. Essa iniciativa (que, apesar de discutida no Conselho e objeto de um processo consulta no Parlamento Europeu, nunca foi aprovada) visava a criação de um conjunto de preceitos que possibilitassem operacionalizar aquele princípio, no contexto do título VI do TFUE. Pretendia-se contribuir para uma maior transparência e rigor na linguagem (em nome de maior segurança jurídica) e prosseguir os objetivos

²⁹⁵ Proposta efetuada ao Conselho da UE com vista à revogação dos arts. 54.º a 58.º da CAAS e que nunca se converteu em instrumento jurídico da União. O seu conteúdo pode ser consultado no sítio www.eur-lex.europa.eu.

visados no Tratado de Amesterdão, com vista à criação e aprofundamento do ELSJ.

O documento partia do pressuposto de que o princípio *ne bis in idem* ou a proibição da dupla penalização assumia uma importância pluridimensional porquanto, configurava-se quer como um direito individual (consagrado em inúmeros instrumentos jurídicos internacionais referentes aos direitos humanos) quer como um instrumento de política criminal, ao serviço da cooperação policial e judiciária em matéria penal. Por outro lado, era convicção dos seus autores que, uma densificação dos seus termos, por via legislativa, iria facilitar a sua aplicação nos territórios dos EM, nomeadamente, no que concerne ao reconhecimento mútuo das sentenças penais proferidas pelos tribunais de outro EM. Contudo, apesar desses objetivos, o projeto de decisão-quadro nunca chegou a ser aprovado pelo que, o caminho de densificação dos conceitos e o tratamento dos problemas suscitados pela aplicação dos arts. 54.º e ss da CAAS tiveram que ser trilhados pelo TJUE em torno dos dois pólos já enunciados: o elemento *bis* ou o conceito de «definitivamente julgado» e o termo *idem* ou «os mesmos fatos».

A ausência de uma estratégia político-legislativa europeia, em matéria de interpretação e aplicação do *ne bis in idem*, reforça a importância dos ordenamentos e das autoridades nacionais na tarefa de tornar exequível este princípio- garantia. Além do mais, a transnacionalização do *ne bis in idem* não pode prescindir do contributo dos direitos internos e a tese de Lelieur-Fischer parece olvidar esta dimensão. Ao afastar o caso julgado do fundamento axiológico do *ne bis in idem*, a autora contribui para uma clara distinção concetual entre as duas figuras (que reconhecemos existir) mas parece ignorar que, subjacente ao conceito de julgamento definitivo (um dos pressupostos de aplicação do art. 54.º da CAAS) encontra-se implícita a relevância do caso julgado na sua dimensão externa. Refira-se, a este propósito, a posição defendida por Kniebühler que define o conceito de julgamento definitivo da seguinte forma:

“ (...) decisões contra as quais não é possível interpor qualquer recurso ordinário ou este só é admissível em casos excepcionais²⁹⁶”.

Além do mais, também a jurisprudência do TEDH (construída a propósito do art. 4.º do P 7) faz apelo à noção de caso julgado. Na verdade, esta adota a definição constante do relatório explicativo do Protocolo 7, o qual, remete para a Convenção Sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais de 1970, nos seguintes termos:

“(...) tal é o caso quando a decisão é irrevogável, ou seja, quando não é susceptível de ser afectada por vias de recurso ordinárias ou quando as partes esgotaram tais vias ou deixaram decorrer o prazo sem as exercer.”

Ao efetuar uma separação definitiva entre *ne bis e idem* e caso julgado Lelieur- Fischer revela algum radicalismo concetual, incompatível com a transnacionalidade do *ne bis in idem*, o qual, não prescinde da “definitividade da decisão”. E esse elemento “definitividade” funda-se, precisamente, no conceito de caso julgado.

Acresce ainda que, a ausência de um quadro legislativo europeu e supranacional deixa a construção do *ne bis in idem* europeu dependente do casuísmo judiciário e da interpretação do TJUE.

Finalmente, importa salientar que, a(s) competência(s) concorrente(s) das autoridades judiciárias europeias quanto ao exercício da acção penal, sobre os mesmos factos e os mesmos sujeitos introduz, no domínio prático, elementos de incerteza e de insegurança jurídica que, a tese daquela autora não resolve de maneira satisfatória.

4. O elemento *bis* ou o conceito de «definitivamente julgado»

Apesar do contributo jurisprudencial do TJUE no sentido da clarificação concetual dos conceitos enformadores do *ne bis in idem* europeu encontramos ainda muito longe de uma ampla consolidação dogmática, por várias ordens de

²⁹⁶ Vide, COSTA RAMOS, ob. cit. p. 218.

razões. A primeira das quais, prende-se com o fato de estarmos perante uma jurisprudência muito recente (com cerca de uma década) e que se reconduz a um número limitado de arestos proferidos. A segunda razão, prende-se com as dificuldades de construção de quadros concetuais uniformes, atentas as diferentes tradições jurídicas dos países membros da UE (que obstaculizam a construção de uma dogmática penal comum) e ao incipiente estágio de desenvolvimento da harmonização penal. A terceira, prende-se com a relutância de muitos atores institucionais em aplicar plenamente o direito europeu (em detrimento dos respetivos ordenamentos internos) e a persistência de uma cultura de “nacionalismo judiciário”.

A constatação destas dificuldades encontra-se vertida no ponto 7) da exposição de motivos da República Helénica relativa ao projeto de decisão-quadro *ne bis in idem*:

“A aplicação do princípio *ne bis in idem* levantou até agora muitas questões graves relativamente à interpretação ou aceitação de certas disposições substantivas ou regras mais gerais (...) devido à heterogeneidade das disposições que regem este princípio nos vários instrumentos jurídicos internacionais e às diferenças observadas nas práticas seguidas nos direitos nacionais.”

Atendendo a que, o processo de europeização do *ne bis in idem* tem sido fruto do trabalho do TJUE importa analisar a jurisprudência daquele órgão europeu. Essa análise incidirá sobre os elementos *bis* e *idem*.

A retórica argumentativa do TJUE configura o *ne bis in idem* numa ótica funcionalista, ligada à liberdade de circulação das pessoas no espaço europeu.

O AG Ruiz Jarabo-Colomer afirma no ponto 23 das conclusões constantes do Acórdão *Van Esbroeck* (referindo-se aos arts. 54.º e ss da CAAS) que:

“A disposição mencionada, que reconhece validade internacional ao princípio *ne bis in idem*, contém uma regra ao serviço da integração europeia, criando um espaço comum de liberdade, segurança e justiça”. Ainda no ponto 40, assinala que, o *ne bis in idem* constitui um “princípio fundamental de direito comunitário”.

A CAAS é considerada parte do património jurídico da UE e suporte da integração (na vertente da cooperação penal institucionalizada) erguendo-se o *ne bis in idem* dela constante como um direito fundamental dos cidadãos europeus²⁹⁷.

Costa Ramos reitera que, a consagração do *ne bis in idem* transnacional na CAAS é a “corporização de um princípio geral de direito da UE no domínio do ELSJ, consequência do reconhecimento de um direito individual decorrente do estabelecimento da livre circulação de pessoas (...)”²⁹⁸.

Esta posição suporta-se na argumentação dos advogados gerais lhe atribuem a natureza de direito fundamental dos cidadãos que, no espaço da UE, se encontrem sujeitos a mais de que um procedimento penal. A AG Sharpston alude, no ponto 73 das conclusões proferidas no âmbito do processo *Gasparini* e a propósito do mesmo princípio, ao carácter de “direito humano fundamental à protecção contra o *ius puniendi* do Estado...”

Todavia, subsistem diferenças significativas entre o *ne bis in idem* europeu e a sua manifestação nos ordenamentos jurídicos internos, dado que, nestes, o princípio não surge, ontologicamente, funcionalizado à construção de uma realidade económica ou para – jurídica mas enquanto direito individual e alicerce do sistema normativo, na vertente da segurança e da paz jurídica associado aos efeitos do caso julgado²⁹⁹.

Um outro aspeto que importa considerar (e que o AG Ruiz Jarabo-Colomer salienta no ponto 37 das conclusões expendidas no processo *Van Esbroeck*) prende-se com a natureza e limite das funções jurisdicionais do TJUE. Salienta Ruiz-Jarabo Colomer que, não cabe ao TJUE efetuar, em sede de reenvio prejudicial, análises casuísticas mas apenas e tão-somente: “fornecer critérios de interpretação que, atendendo aos fundamentos e à finalidade da

²⁹⁷ Veja-se a Decisão do Conselho 1999/436/CE da qual resultou a inserção da CAAS na ordem jurídica da UE.

²⁹⁸ Ob. cit. p. 156.

²⁹⁹ No direito português, no sentido de atribuir ao *ne bis in idem* o carácter de direito subjetivo fundamental, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob cit. p. 194.

norma, indiquem a direcção mais conveniente para alcançar um tratamento uniforme em todo o território da UE.”

O TJUE, na sua tarefa interpretativa, não se substitui ao juiz nacional na apreciação das plúrimas dimensões do caso concreto, não lhe sendo possível formular concetualizações de vocação e aplicação universais considerando, nomeadamente: “(...) as contingências das políticas criminais e a natureza do julgamento penal (...)”.

O papel que lhe está reservado será antes o de referenciar os critérios interpretativos mais adequados à teleologia da norma permitindo aos aplicadores nacionais interpretar os preceitos da maneira o mais concordante e uniforme possível.

O Acórdão *Gözutok Y Brugge*, proferido em sede de reenvio prejudicial inaugurou a jurisprudência europeia em torno do art. 54º da CAAS ao debruçar-se especificamente, sobre o conceito de “julgamento definitivo”. Este acórdão foi proferido em 11 de fevereiro de 2003, em resultado da apensação de dois processos C-187/01 e C-385/01, nos quais, a questão de fundo consistia em saber se seriam ou não subsumíveis ao conteúdo do art. 54.º da CAAS, as decisões proferidas pelo Ministério Público, em que este arquiva definitivamente procedimentos criminais contra um arguido, sem intervenção do juiz, depois daquele haver satisfeito determinadas injunções. Neste caso, o TJUE considerou (conclusão que se extrai dos pontos 25. a 31. do texto do aresto) que:

“(...) um procedimento de extinção da ação penal, como os que estão em causa nos processos principais, é um procedimento pelo qual o Ministério Público, competente pela ordem jurídica nacional pertinente, decide arquivar o procedimento criminal contra um arguido, depois de este ter satisfeito determinadas obrigações (...)”

“(...) é extinta a ação penal por uma autoridade chamada a participar na administração da justiça penal na ordem jurídica nacional em causa.

“(...) o facto de nenhum órgão jurisdicional ter intervindo (...) e de a decisão em causa não ter revestido a forma de sentença, não é susceptível de infirmar esta interpretação.”

No entanto, previamente a nos debruçarmos sobre o conteúdo específico da decisão importará analisar a fundamentação e a argumentação do órgão jurisdicional europeu.

Em primeiro lugar, o Tribunal não efetua qualquer exercício de direito comparado uma vez que, não estabelece semelhanças e diferenças entre os institutos jurídicos de cada um dos EM envolvidos, no tocante ao papel do Ministério Público no domínio da ação penal e do arquivamento do processo-crime. O postulado teórico que fundamenta a sua decisão é o princípio do reconhecimento mútuo e daí resulta que, o Tribunal não questiona as opções de fundo do legislador criminal estadual, antes parte do princípio que, nas matérias do Título VI do TUE (concretamente, dos arts. 34.º e 31.º que constituem a base jurídica do art. 54.º da CAAS)³⁰⁰ não emerge nenhuma obrigação de harmonização das legislações penais, pelo menos, no que concerne à extinção da ação penal.

Este argumento, de ordem pragmática permitirá, na ótica do Tribunal, aprofundar e garantir a aplicação do *ne bis in idem* sem que a sua operacionalidade prática fique comprometida pelas diferenças legislativas internas e, ao mesmo tempo, consolidar a liberdade de circulação de pessoas no espaço da UE. Nesta linha de entendimento, a aplicação dos arts. 54.º e 55.º da CAAS implica a confiança e a aceitação das soluções provindas de outros sistemas penais, mesmo que tal aceitação produza resultados alheios à realidade da ordem interna.

O fato de o Tribunal invocar o princípio do reconhecimento mútuo como argumento de suporte a uma interpretação ampla da norma do art. 54.º da CAAS possibilita diversas leituras e assume profundo impacto na arquitetura

³⁰⁰ A referência reporta-se à redação do Tratado da UE que se encontrava em vigor à data da prolação do acórdão.

institucional e política do sistema europeu de cooperação judiciária no domínio penal.

A linha discursiva do Tribunal faz apelo à vertente do reconhecimento mútuo - considerado a pedra angular do sistema de cooperação judiciária penal - como forma de acelerar e expandir a aplicação do *ne bis in idem*, em consonância com a doutrina e opções políticas dos EM expressas nos Conselhos de Cardiff de 1998 (que decorreu sob os auspícios da Presidência Britânica) e de Tampere de 1999, sob a presidência finlandesa ³⁰¹.

Esta argumentação convoca ainda outra problemática: a da interrelação entre os dois princípios estruturantes do sistema jurídico da UE: harmonização e reconhecimento mútuo. Trata-se de dois princípios que se encontram numa relação dialética e de interdependência recíprocas, dado que, a plena consagração do reconhecimento mútuo não se fará sem o recurso a um processo “mínimo” de harmonização das legislações penais dos diversos países membros. Por outro lado, o caminho da harmonização não pode ser trilhado sem que se institua um certo grau de confiança recíproca.

O percurso efetuado em matéria de cooperação judiciária civil e comercial bem como o exemplo da cooperação penal entre os países nórdicos demonstram esta clara e natural interdependência entre harmonização e reconhecimento mútuos ³⁰².

Não obstante a estreita interdependência entre os dois princípios o TJUE, ao erguer o reconhecimento mútuo como fundamento interpretativo das suas decisões fá-lo em detrimento da harmonização (veja-se a conclusão 32 do Acórdão *Gözütok & Brugge*). Nesse acórdão escreveu-se ilustrativamente que:

“ (...) nenhuma disposição do título IV do Tratado da União Europeia, relativo à cooperação policial e judicial em matéria penal (...) nem o acordo de Schengen nem a própria CAAS subordinam a aplicação do art. 54.º da CAAS à

³⁰¹ Neste sentido, WEYEMBERGH, A: *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires entre les États membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in *La Reconnaissance Mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l' Union européenne*, 2001, p. 41.

³⁰² Neste sentido, WEYEMBERGH, A. ob.cit, p. 56 e 57.

harmonização ou, pelo menos, à aproximação das legislações penais dos EM, no domínio dos procedimentos de extinção da ação penal.”

Apesar disso, o Tratado de Lisboa inseriu no capítulo 4 do TFUE o art. 82.º, no qual consta expressamente que, as instituições europeias (designadamente, o Parlamento Europeu e o Conselho) podem, por meio de diretivas e com o objetivo de facilitar e acelerar o reconhecimento mútuo das sentenças e das decisões judiciais, estabelecer regras mínimas em áreas específicas do direito e do processo penal.

Tendo em conta estas alterações constituintes, impõe-se questionar se, o fundamento jurisprudencial utilizado pelo TJUE para alicerçar o *ne bis in idem* já não estará, atualmente, ultrapassado pela consagração da harmonização enquanto instrumento de integração.

Do Tratado de Lisboa e das normas que enformam o art. 82.º, n.º 2 do TFUE resulta que, a construção de uma política criminal comum e a definição de um “núcleo de valores comuns europeus” passará, necessariamente, pela vertente da harmonização paralelamente à via do reconhecimento mútuo ³⁰³. Destarte, o princípio do reconhecimento mútuo deixa de ser o único eixo interpretativo da norma da CAAS.

Anteriormente às alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, nos textos constituintes da UE, Anne Weyembergh questionava se a via do reconhecimento mútuo (desacompanhada da harmonização das normas de direito penal material e processual) não poderia operar um “nivelamento por baixo” dos direitos fundamentais. Para a autora, a abolição do *exequatur* facilitaria o reconhecimento imediato das decisões provenientes de jurisdições mais repressivas traduzindo-se numa compressão dos direitos individuais ³⁰⁴.

³⁰³ Anabela Rodrigues assinala, no entanto, que o estatuto da harmonização, no quadro da construção do ELSJ “nunca foi muito claro” e sempre subsidiário do reconhecimento mútuo, *vide*: *Anotação ao art. 82.º* in Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado, p.429.

³⁰⁴ *Vide* WEYEMBERGH, A.ob.cit, p.57.

Afigura-se-nos que, esta questão ainda mantém a sua pertinência no atual quadro normativo, atento o incipiente estágio de desenvolvimento das garantias de defesa na ordem jurídica da UE.

Em 10 de março de 2005 no âmbito do Processo C-469/03 – Acórdão *Miraglia* o TJUE apreciou, em sede de reenvio prejudicial, um pedido formulado pelo Tribunal de Bolonha e que consistia em saber se:

“(…) o art. 54.º da CAAS, é aplicável a uma decisão das autoridades judiciárias de um Estado Membro que arquiva um processo, após o Ministério Público, sem qualquer apreciação de mérito, ter decidido não instaurar uma ação penal com o único fundamento de já ter sido instaurada uma ação penal contra o mesmo arguido, pelos mesmos fatos?”

Um cidadão italiano fora acusado de transportar 20 kg de heroína dos países baixos para Bolonha, tendo também sido iniciado um procedimento criminal pelas autoridades neerlandesas pelos mesmos fatos que culminou num despacho de arquivamento em virtude de existir já um processo prévio a correr termos na Itália. O Ministério Público de Bolonha formulou junto das autoridades dos países baixos um pedido de cooperação judiciária que fora recusado com fundamento no art. 2.º al. b) da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de acordo com o qual o auxílio seria recusado em caso de incompatibilidade com o princípio *ne bis in idem*. O entendimento das autoridades neerlandesas era o de que, tendo sido instaurado um procedimento contra o mesmo arguido, pelos mesmos fatos, noutro país, o art. 54.º da CAAS impedia que fosse dado qualquer seguimento ao pedido de cooperação penal italiano.

O juiz italiano, em sede de reenvio prejudicial, solicitou a apreciação do Tribunal de Justiça relativamente à interpretação que as autoridades neerlandesas estavam a fazer do normativo insito no art. 54.º da CAAS, nomeadamente, quanto a saber se, caso a decisão adotada no primeiro estado fosse no sentido de renunciar ao procedimento criminal (desacompanhado de um juízo de apreciação

dos fatos) a instauração de uma ação penal no segundo estado violaria ou não aquele princípio.

O TJUE entendeu que a interpretação das autoridades neerlandesas não era compatível com o espírito do art. 54.º da CAAS, uma vez que, tal interpretação redundaria na impossibilidade de punir comportamentos ilícitos como os que estavam em apreciação nos autos. Assim sendo, uma decisão judicial proferida após o Ministério Público ter decidido não instaurar uma ação penal com o único fundamento de já ter sido instaurada uma ação penal contra o mesmo arguido, pelos mesmos fatos, noutro Estado membro e sem que ali haja sido feita uma apreciação sobre o fundo da causa, não poderia constituir uma decisão que “julga definitivamente essa pessoa”, na aceção do art. 54.º da CAAS.

A relevância da decisão do TJUE prende-se com a necessidade de garantir uma interpretação da *ratio legis* do art. 54.º da CAAS adequada ao fortalecimento, no espaço da UE, do mecanismo da cooperação judiciária em matéria penal. O Tribunal pretendeu evitar que “desvios” ao escopo daquele normativo se traduzissem num bloqueio dessa cooperação judiciária em matéria penal e que o acervo Schengen não comprometesse o aprofundamento do ELSJ. A linha narrativa seguida pelo Tribunal afasta qualquer reflexão sobre o teor das soluções penais e processuais de cada um dos ordenamentos e mantém uma leitura funcionalista do art. 54.º da CAAS adequada aos objetivos do Tratado, no âmbito do ELSJ. Esses objetivos são os que se prendem com a “manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço (...) em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com as medidas adequadas em matéria de (...) prevenção e combate à criminalidade.”

No âmbito do Processo C-150/05 - Acórdão *Van Straaten*, proferido em sede de reenvio prejudicial (apresentado pelo *Rechtbank's - Hertogenbosch* em 28 de setembro de 2006) foram duas as questões colocadas à consideração do órgão jurisdicional europeu: a primeira, consistia em saber o que se deve entender por “mesmos fatos” na aceção do art. 54.º e a segunda, como definir o conceito de “julgamento definitivo”: “Pode considerar-se que uma pessoa foi

“julgada”, na acepção do artigo 54.º da CAAS, quando essa pessoa tiver sido absolvida por sentença por não se ter provado de forma legal e convincente a acusação contra ela deduzida?”

O quadro fático relevante para contextualização do problema era o seguinte:

“J. L. *Van Straaten* tinha na sua posse em Itália, numa data próxima de 27 de março de 1983, uma quantidade de cerca de 5 quilogramas de heroína que foi enviada de Itália para os Países Baixos e que J. L. *Van Straaten* dispôs, no período de 27 a 30 de março de 1983, de 1 000 gramas dessa quantidade de heroína. (...) Por decisão de 23 de junho de 1983, o *Arrondissementsrechtbankte's – Hertogenbosch* (Países Baixos) absolveu J. L. *Van Straaten* do crime de importação de heroína, considerando a acusação não provada de forma legal e convincente, e condenou-o pelos dois outros crimes numa pena privativa de liberdade de 20 meses.

Em Itália, J. L. *Van Straaten* foi acusado, conjuntamente com outras pessoas, por ter em sua posse, em 27 de março de 1983 ou numa data próxima, e por ter exportado para os Países Baixos, por diversas vezes, conjuntamente com Karakus Coskun, uma quantidade considerável, aproximadamente 5 quilogramas no total, de heroína. Por acórdão proferido à revelia pelo Tribunale ordinario di Milano (Itália), J. L. *Van Straaten* e duas outras pessoas foram condenadas, a este título, numa pena de prisão de dez anos e numa multa de 50 milhões de liras italianas (...).”

A fundamentação do Acórdão *Van Straaten* assenta em dois argumentos: num elemento de ordem literal e num outro de ordem funcional, alicerçado no espírito do art. 54.º do CAAS e da sua função no contexto dos Tratados.

O argumento de ordem literal, que é extraído do corpo daquele normativo dispõe que: “A oração principal contida na única frase que constitui o artigo 54.º da CAAS não faz qualquer referência ao conteúdo da sentença definitiva. É apenas na oração subordinada que o artigo 54.º da CAAS visa a hipótese de uma condenação, enunciando que, neste caso, a proibição de ações penais está sujeita

a uma condição específica. Se a norma geral enunciada na oração principal só se aplicasse às sentenças condenatórias, seria supérfluo precisar que a norma especial se aplica em caso de condenação. “

O segundo argumento utilizado na determinação do sentido e alcance do art. 54.º da CAAS reconduz-se à ideia de garantia da liberdade de circulação dos cidadãos no espaço da UE, não apresentando qualquer originalidade relativamente aos constantes dos demais arestos.

No Processo C-467/04 ³⁰⁵ datado de 28 de setembro de 2006 e proferido em sede de reenvio prejudicial apresentado pela Audiência Provincial de Málaga - Acórdão *Gasparini*, estava em causa avaliar se o *ne bis in idem*, consagrado no artigo 54.º da CAAS era aplicável a uma decisão de um tribunal de um Estado contratante, proferida na sequência do exercício da ação penal que absolvía, definitivamente, um arguido por prescrição do procedimento.

O Tribunal concluiu afirmativamente por entender que o conceito de “sentença definitiva” não era apenas aplicável às decisões condenatórias isto porque, não aplicar o artigo 54.º da CAAS, na hipótese de absolvição definitiva do arguido por prescrição do procedimento, comprometeria a prossecução do objetivo daquela disposição, que era o de evitar que uma pessoa, por exercer o seu direito de livre circulação, seja perseguida criminalmente pelos mesmos factos no território de vários Estados contratantes. Para o TJUE, a pessoa dever-se-ia considerar definitivamente julgada na aceção dessa disposição.

Mais adiante, na fundamentação do aresto, os juízes utilizam idêntica argumentação, ou seja, invocam que apesar de ainda não se ter dado a harmonização das legislações dos Estados contratantes em matéria de prazos de prescrição, tal não obstava à aplicação do mencionado normativo, uma vez que, nenhuma disposição do título VI do TUE, relativo à cooperação policial e judiciária penal, nem o Acordo de Schengen nem a CAAS subordinavam a aplicação do artigo 54.º à harmonização ou, pelo menos, à aproximação das

³⁰⁵In:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0467:PT:HTML>, consultado em 27.05.09.

legislações penais dos EM no domínio dos mecanismos de extinção da ação penal e, mais genericamente, à harmonização ou à aproximação das suas legislações penais.

Uma efetiva aplicação do *ne bis in idem* implica, necessariamente, a existência de uma confiança mútua entre os Estados e que, cada um deles, aceite a aplicação do direito penal dos demais, como se do próprio se tratasse.

A fundamentação dos acórdãos do TJUE espelha uma visão otimista e plenipotenciária do reconhecimento mútuo que deixa de ser apenas um objetivo a atingir em sede de ELSJ para constituir um fundamento, uma *raison d'être* da cooperação judicial em matéria penal no quadro da UE. Como se salientou, o TJUE perspetiva o reconhecimento mútuo como contraponto ou alternativa à harmonização e como forma de suprir as insuficiências e os impasses verificados nesta matéria, de molde a garantir um mais célere aprofundamento da cooperação penal.

Porém, o reconhecimento mútuo não constitui de *per se* uma alternativa à harmonização. A criação e consolidação de uma verdadeira política criminal europeia implicará sempre um certo grau de convergência legislativa, seja do ponto de vista do direito penal material, seja do ponto de vista das garantias processuais. Criticamos, por esta razão, a visão apresentada pelo TJUE na medida em que efetua uma leitura auto-excludente daqueles dois princípios que afinal, constituem vertentes complementares da confiança mútua.

No n.º 1 do art. I - 41.º do projeto de Constituição para a Europa previa-se que, a UE realizasse o ELSJ, no pressuposto da: “ (...) promoção da confiança mútua entre as autoridades competentes dos EM, em especial, com base no reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extra judiciais”. O mesmo diploma acrescentava, na parte III, da secção relativa à cooperação judiciária em matéria penal (art. III – 171.º) que, essa confiança mútua assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos EM em diversos domínios.

Atualmente, no art. 67.º do Título V do TFUE mostra-se consagrada a criação de um ELSJ que assegure as diferenças entre os ordenamentos jurídicos mas que respeite os direitos fundamentais. No número 3 daquele normativo o TFUE dispõe que, a UE assegura um nível elevado de segurança através do reconhecimento mútuo e, se necessário, através da aproximação das legislações penais. Esta disposição é complementada pelo art. 82.º, n.º 2 do TFUE que estabelece o âmbito e o alcance dessa “convergência legislativa” em matéria penal.

O atual quadro normativo da UE superou o entendimento do TJUE (que alicerçava o fundamento do *ne bis in idem* apenas no reconhecimento mútuo) e elegeu a vertente da harmonização como outro dos pilares da integração penal europeia.

A argumentação expendida nos acórdãos do TJUE mostra-se insuficiente e redutora em face do atual estágio de evolução do ELSJ e do paradigma constituinte vigente. Por isso, defendemos que a plena operatividade do *ne bis in idem* passará por um certo grau de harmonização da legislação processual penal, designadamente, no que concerne às garantias de defesa em procedimentos criminais, conforme possibilita o art. 82.º, n.º 2 al. b) do TFUE.

A aproximação das legislações dos EM contribui para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça, que é uma das condições de realização do ELSJ. A harmonização dos tipos incriminadores, das sanções aplicáveis e, bem assim, a convergência legislativa em sede de garantias processuais penais conduzirão a um nivelamento mais eficaz do binómio Liberdade-Segurança assegurando, simultaneamente, protecção contra os fenómenos criminais no espaço da UE que questionam os princípios e valores comuns.

Esse nivelamento reforçará os níveis de confiança das autoridades nacionais, facilitando procedimentos investigatórios e a troca de informações no domínio da cooperação penal ³⁰⁶.

³⁰⁶ Vide, neste sentido, o Livro Verde da Comissão sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na UE, p. 9.

De acordo com a posição assumida pela AG Sharspton, no âmbito do processo C- 467/04 - *Gasparini* (vertida nas conclusões apresentadas em 15 de junho de 2006), relativamente ao efeito *ne bis in idem* das decisões finais que declaram a prescrição do procedimento penal, o reconhecimento mútuo não pode, de modo exclusivo, fundamentar a axiologia, do *ne bis in idem* ³⁰⁷.

Nos pontos 77 e 92 a 96, a AG defende que, uma absolvição com base na prescrição apenas pode relevar para efeitos de aplicação do art. 54.º da CAAS se a decisão apreciou o mérito da causa pois, de outra forma, o cidadão não se poderia considerar verdadeiramente em perigo de ser duas vezes condenado e punido:

“90. Concordo com a Comissão quanto a este aspecto: parece de fato que os procedimentos nacionais que levam a decisões que envolvem a aplicação de prazos de prescrição podem ou não envolver uma apreciação do mérito (em função, precisamente, de como, por quem, e quando foi suscitada a questão da prescrição). Todavia, na minha opinião, a extinção do procedimento criminal com fundamento em prescrição sem qualquer apreciação do mérito não deve ser abrangida pelo princípio *ne bis in idem*.”

“96. Sugiro, portanto, que um arguido também deva poder invocar o *ne bis in idem* quando tenha de fato sido colocado em risco de ser condenado mas o seu processo tenha sido arquivado com fundamento na prescrição do procedimento.”

Para a AG Sharspton o *ne bis in idem* europeu possui uma natureza própria que deve ser adaptada às características supranacionais que este revela na ordem jurídica da UE.

Mais uma vez, o raciocínio da AG radica na insuficiência da confiança mútua para suportar e fundamentar a aplicação do *ne bis in idem* a todas as decisões sobre prescrição devido à diversidade dessas regras nos sistemas nacionais. Para a AG, em matéria de prescrição, é preciso um mínimo de harmonização entre as normas dos diversos EM a fim de possibilitar a

³⁰⁷ Vide, o sítio <http://curia.europa.eu>, consultado em 20.04.2014.

“comparação” das decisões penais proferidas e avaliar o perigo potencial dessa dupla punição:

“ (...) é preciso distinguir entre a confiança nos procedimentos criminais em geral dos outros Estados Membros (incluindo questões como a garantia de um julgamento imparcial, a qualificação material dos crimes e as normas relativas à produção e admissibilidade das provas) e, por outro, confiar numa decisão segundo a qual não pode haver qualquer apreciação substantiva porque o procedimento criminal prescreveu. (...) A segunda equivale a uma harmonização pelo menor denominador comum.”

Nesta medida, a AG propõe que: “ (...) no atual estado do desenvolvimento do direito da União, o art. 54.º da CAAS deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional só está vinculado por uma decisão que declara a prescrição do procedimento criminal, adotada num processo crime por um órgão jurisdicional de outro EM se: a) essa decisão for definitiva, à luz do direito nacional, b) o processo no outro EM tiver envolvido uma apreciação do mérito da causa e c) os fatos materiais e o (s) arguido (s) forem os mesmos em ambos os tribunais. É ao órgão jurisdicional nacional que compete decidir se estas condições se verificam nos casos que lhe sejam submetidos. Se se verificarem, fica excluída a possibilidade de se intentar qualquer novo procedimento contra o(s) mesmo(s) arguidos, com base nos mesmos fatos³⁰⁸. ”

Ainda com relevância para a elucidação do elemento *bis* há a destacar a decisão proferida, em 22 de dezembro de 2008, no âmbito do Processo C-491/07 – Acórdão *Turansky* – no qual, o TJUE é chamado a pronunciar-se sobre um pedido de decisão prejudicial que tinha por objeto a interpretação do artigo 54.º da CAAS. Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo penal iniciado na Áustria, em 23 de novembro de 2000 contra V. *Turansky* nacional eslovaco suspeito de, conjuntamente com outras pessoas, ter cometido o crime de roubo

³⁰⁸ Vide, conclusão 160) da AG Sharspton, consultada no sítio mencionado na nota 306.

agravado sobre um nacional austríaco, no território da República da Áustria. A questão de fundo colocada à apreciação do TJUE foi a seguinte:

“A proibição de dupla ação penal prevista no artigo 54.º da CAAS deve ser interpretada no sentido de que se opõe ao processo penal contra um arguido na República da Áustria, quando, na República Eslovaca, após a sua adesão à UE, um processo penal sobre os mesmos factos já tiver sido formal e definitivamente encerrado sem qualquer sanção, por despacho de arquivamento da autoridade policial após exame dos factos quanto ao mérito?”

Nesse Acórdão, o Tribunal considerou que não determina a aplicação do mecanismo insito no art. 54.º da CAAS, uma decisão proferida pela autoridade policial que arquiva o processo numa fase anterior à da acusação quando essa decisão de arquivamento, segundo o direito nacional, não extingue definitivamente a ação pública nem obsta a uma nova ação penal, pelos mesmos fatos, nesse estado.

A importância deste aresto reside da explicitação clara (fazendo apelo a entendimentos jurisprudenciais anteriores) do que o Tribunal já vinha considerando ser o conteúdo da expressão “definitivamente julgado”. Destarte, para efeitos de aplicação do artigo 54.º da CAAS, a decisão deve pôr termo ao processo e extinguir a ação pública de forma definitiva. De acordo com o ponto 36 do acórdão, uma decisão que não reúna aqueles requisitos: “(...) não pode, em princípio, ter o efeito de obstar processualmente a que sejam eventualmente instauradas ou prosseguidas ações penais, pelos mesmos fatos, contra essa pessoa noutra Estado Contratante.” Por outro lado, o art. 54.º da CAAS não pode ser objeto de uma interpretação que restrinja a possibilidade de accionar procedimentos penais contra suspeitos de práticas ilícitas e que não tenham sido definitivamente julgados por esses fatos porquanto, tal interpretação iria comprometer as próprias finalidades do título IV, tal como enunciado no artigo 2.º, primeiro parágrafo, quarto travessão, isto é, a de serem tomadas: “ (...) medidas adequadas em matéria de [...] prevenção e combate à criminalidade”, desenvolvendo simultaneamente a UE enquanto espaço de liberdade, de

segurança e de justiça no âmbito do qual é assegurada a livre circulação de pessoas.” Além do mais, no entendimento do Tribunal, aquela disposição “ (...) não tem por objetivo proteger um suspeito contra a eventualidade de vir a ser objeto de investigações sucessivas, pelos mesmos factos, em vários Estados Contratantes. “

Contudo, o Tribunal entendeu que a apreciação do que seja a “extinção da ação pública” e a “definitividade da decisão” deve ser efectuada por remissão para o direito nacional do estado membro que a proferiu. Isso explica-se pelo fato de não existir ainda, a nível europeu, nem um quadro legislativo comum nem uma dogmática penal que permita operacionalizar o *ne bis in idem* de forma totalmente autónoma dos conceitos dos direitos nacionais, o que leva Robert Roth a afirmar: “(...) o reconhecimento completo do *ne bis in idem* passa por uma clarificação de vocabulário (...) ³⁰⁹.”

Todavia, o reenvio para o direito interno da concretização material daqueles conceitos pode conduzir, na prática, a distintas soluções jurídicas, potenciando diferenças de tratamento entre os cidadãos de cada estado membro. Daí a importância da proposta de decisão-quadro da República Helénica que surgiu com o objetivo de proporcionar regras jurídicas comuns, assegurando a uniformidade da interpretação e aplicação prática daquele princípio. O texto da proposta continha uma disposição que sufragava um entendimento amplo de “sentença” de molde a abranger: “ (...) qualquer sentença transitada em julgado proferida por um tribunal penal de um Estado Membro, no termo de um processo penal, condenando ou absolvendo o réu ou que extinga a instância, em conformidade com o direito nacional de cada Estado Membro, e também qualquer acordo extrajudicial negociado por mediação num processo penal; é considerada transitada em julgado qualquer sentença que, de acordo com o direito nacional, tenha força de caso julgado.” Acresce que, a proposta de redação elaborada pelo Parlamento Europeu (que se debruçou sobre a iniciativa

³⁰⁹ Vide, ROTH, R.ob. cit. p 132, tradução nossa do francês: “la reconnaissance complète du *ne bis in idem* passe d’abord par une clarification de vocabulaire”.

helénica) ia ainda mais longe ao incluir no conceito de sentença: “qualquer sentença, proferida ou não por um tribunal que, de acordo com o direito nacional, tenha a força de caso julgado”³¹⁰.

No dia 06 de fevereiro de 2014, a AG Sharpton, nas conclusões proferidas no processo C - 398/12, em sede de reenvio prejudicial suscitado pelo Tribunal di Fermo pronunciou-se sobre o efeito *ne bis in idem* de um despacho de não pronúncia proferido pela jurisdição belga. Porque relevante para a discussão jurídica do caso, destacamos a seguinte fatualidade³¹¹:

“21. M., um cidadão italiano residente na Bélgica, foi alvo de inquérito na Bélgica a respeito da alegada prática de múltiplos atos de violência sexual, ou, pelo menos, de atos ilícitos de natureza sexual, na sequência de uma série de denúncias apresentadas em inícios de 2004 pela sua nora, Q. Esta alegou que, entre maio de 2001 e fevereiro de 2004, M. tinha praticado na Bélgica esses atos contra a sua neta, N., que era menor (nascida em 29 de abril de 1999). A polícia belga conduziu um inquérito exaustivo, durante o qual recolheu um vasto número de documentos, inquiriu diversas pessoas, incluindo N., e obteve vários relatórios de peritos. Os relatórios dos peritos incidiram, nomeadamente, sobre as seguintes questões: se a menor N. apresentava sinais físicos e/ou psicológicos dos atos de violência denunciados; se a denunciante, Q., poderia ser considerada idónea; e se M. sofria de um distúrbio de personalidade de natureza sexual.

22. Na sequência desse inquérito, a Chambre du Conseil do Tribunal de Première Instance de Mons (tribunal de primeira instância de Mons) proferiu, em 15 de dezembro de 2008, um despacho de não pronúncia que pôs termo ao procedimento penal, em vez de remeter o arguido a julgamento, com base na insuficiência de provas de que M. tinha praticado os atos que lhe eram imputados.

³¹⁰ Socorremo-nos da tradução portuguesa que, na proposta da R. Helénica, aplica o termo “sentença” pese embora se reconheça que as diferenças linguísticas não são despiciendas uma vez que a versão francesa da mesma proposta alude a “decision definitive rendue par une juridiction pénale d’un État membre (...)”.

³¹¹ Vide, conclusões disponíveis no sítio referido na nota 306.

23. Em 21 de abril de 2009, a chambre des mises en accusation da Cour d'Appel de Mons (tribunal de segunda instância de Mons) confirmou o despacho de não pronúncia. Esta decisão foi por seu turno confirmada pela Cour de Cassation, por acórdão de 2 de dezembro de 2009. Esta última decisão pôs definitivamente termo ao procedimento na Bélgica, ressalvada apenas a possibilidade do surgimento de novos fatos e/ou provas (como previsto nos artigos 246.º e 247.º do CIC).

24. Entretanto, no seguimento de uma denúncia apresentada por Q. à polícia italiana em 23 de novembro de 2006, foi aberto procedimento penal contra M. no Tribunale di Fermo, em Itália, com base nos mesmos factos que tinham dado origem ao inquérito realizado na Bélgica. Seguiu-se uma instrução exaustiva que incidiu essencialmente sobre a mesma matéria alvo do inquérito que decorria paralelamente na Bélgica. Em 19 de dezembro de 2008 (ou seja, quatro dias após a chambre du conseil do Tribunal de première instance de Mons ter proferido o seu despacho de não pronúncia), o juiz de instrução do Tribunale di Fermo remeteu M. a julgamento perante o coletivo daquele tribunal.

25. Numa audiência realizada em 9 de dezembro de 2009 no Tribunale di Fermo, M. alegou que tinha o direito de invocar o princípio *ne bis in idem* à luz do acórdão proferido uma semana antes (em 2 de dezembro de 2009) pela Cour de cassation belga e que tinha posto termo ao procedimento que decorria paralelamente na Bélgica.

26. Perante este cenário, o Tribunale di Fermo (Itália) suspendeu a instância e submeteu a seguinte questão ao TJUE:

«Um despacho definitivo de não pronúncia, proferido num Estado-Membro da União Europeia signatário da CAAS, no termo de uma instrução exaustiva levada a cabo através de um inquérito efetuado no âmbito de um processo que pode ser reaberto mediante apresentação de novas provas, obsta à abertura ou ao prosseguimento de um processo instaurado pelos mesmos factos e contra a mesma pessoa noutro Estado contratante?»

Na argumentação expendida ao longo das conclusões, a AG efetuou uma revisão crítica da jurisprudência do TJUE quanto ao elemento *bis* tendo concluído que, a questão colocada pelo Tribunal di Fermo convocava uma problemática nova, à qual, a jurisprudência anterior do TJUE ainda não havia dado resposta: “ 29. A jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito do artigo 54.º da CAAS e do princípio *ne bis in idem* no tocante a decisões que põem termo a procedimentos penais antes e depois do julgamento não fornece uma resposta inequívoca a essa questão.” A AG salientou que, no âmbito do acórdão *Turansky* o TJUE adotou uma interpretação ampla e liberal do art. 54.º da CAAS porquanto, tendo este como objetivo “ (...) evitar que uma pessoa, pelo fato de exercer o seu direito de livre circulação, seja, pelos mesmos fatos, submetida a uma ação penal no território de vários Estados-Membros”, é necessário que esse artigo seja aplicável a decisões que extingam definitivamente os procedimentos criminais num Estado-Membro, ainda que sejam adotadas sem a intervenção de um órgão jurisdicional e não tenham a forma de uma sentença (...) ³¹². Para a AG, o critério seguido na jurisprudência *Turansky* implicava que, o tribunal nacional avaliasse se a decisão proferida pela outra jurisdição era definitiva, no sentido de extinguir a acção pública de forma definitiva, à luz do direito do estado que a proferiu. Para o efeito, a AG estabeleceu a necessidade de uma convergência interpretativa entre o art. 50.º da CDFUE e o art. 4º do P 7 anexo à CEDH, fazendo apelo ao Relatório Explicativo do Protocolo 7 e do qual decorre: “é o que acontece quando [a decisão] é irrevogável, ou seja, quando já não é suscetível de recurso ordinário ou quando as partes esgotaram essas vias de recurso ou não agiram dentro dos prazos legais estabelecidos para o efeito”. A partir da análise da legislação belga (de acordo com a qual a decisão da Cour de Cassation de 2 de dezembro de 2009 teve por efeito proibir o prosseguimento da ação penal contra o arguido com base nos mesmos factos) a ação penal não fora suspensa dado que fora, formalmente, proibido o seu prosseguimento.

³¹² Vide, conclusões da AG.

Na opinião sufragada pela AG Sharpston, a decisão da Chambre du Conseil do Tribunal de Première Instance de Mons adquirira força de caso julgado e o arguido M. encontrava-se protegido, por essa decisão, contra ações penais movidas na Bélgica, independentemente da possibilidade legal de reabertura desse procedimento caso fossem descobertos fatos ou novas provas, uma vez que, esse é um juízo discricionário que deve ser efetuado «*in casu*» pelo Ministério Público. Consequentemente, razões de segurança jurídica e de protecção dos direitos do arguido imporiam, na ótica da AG Sharpston que, o momento temporalmente relevante para determinar a operacionalidade da garantia *ne bis in idem* “ (...) é necessariamente a data em que é proferida uma decisão judicial por um órgão jurisdicional e não a data (posterior) em que essa decisão chega ao conhecimento de um magistrado do Ministério Público ou de um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro. Esta posição é ditada por imperativos de segurança jurídica. A data da decisão é certa. A data da notificação é variável e pode ser afetada por agentes externos ³¹³.”

O entendimento amplo da garantia *ne bis in idem* explica-se pelo fato da pessoa visada se encontrar em efetivo perigo de vir a sofrer um duplo julgamento e, consequentemente, vir a ser duplamente condenada pelos mesmos fatos em dois EM distintos, na ordem jurídica da UE, de um mecanismo de alocação de competências penais que resolva este tipo de conflitos de jurisdição. Tal como analisado anteriormente, o direito da UE não prevê um modelo concentrado de alocação de competências sancionatórias nem de controlo *ne bis in idem* dispondo apenas de um mecanismo de *soft law*, assente no intercâmbio de informações entre autoridades de investigação de diferentes Estados-Membros. Em face dos argumentos avançados, a AG sugeriu ao TJUE que respondesse à (s) questões prejudiciais nos seguintes moldes: “O artigo 54.º da CAAS deve ser interpretado no sentido de um despacho de não pronúncia que extingue o procedimento penal, proferido na sequência de uma instrução exaustiva, que obsta a que seja movida ação penal à mesma pessoa pelos mesmos

³¹³ Vide, conclusão 47.

fatos mas que, nos termos do direito nacional, não obsta à possibilidade de reabertura do procedimento caso se revelem novos fatos e/ou provas, constitui uma decisão que julga definitivamente o arguido e que desencadeia a aplicação do princípio *ne bis in idem* consagrado no referido artigo.”

4.1. O elemento *bis* e o cúmulo de sanções

Outra das questões que se tem suscitado a propósito do alcance da garantia *ne bis in idem* e do elemento *bis* prende-se com a admissibilidade do cúmulo, relativamente ao mesmo visado e aos mesmos fatos, de sanções administrativas e penais. Até à prolação do Acórdão *Åklagaren c. Fransson* (C-617/10), de 26 de fevereiro de 2013, o órgão jurisdicional europeu ainda não se debruçara, de forma clara, sobre a aplicação do *ne bis in idem* a estas situações ³¹⁴.

4.1.1 Enquadramento fático

“ 12 . H. Åkerberg Fransson foi citado para comparecer em 9 de junho de 2009 perante o Haparanda tingsrätt (Tribunal local de Haparanda), nomeadamente para responder pelo crime de fraude fiscal agravada. Era acusado de, nas suas declarações fiscais relativas aos períodos tributáveis de 2004 e 2005, ter fornecido informações inexatas que expuseram o Tesouro Público à perda de receitas relacionadas com a cobrança do imposto sobre o rendimento e do imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA») (...) H. Åkerberg Fransson era também acusado de não ter declarado quotizações patronais respeitantes aos períodos de referência de outubro de 2004 e outubro de 2005 (...) Segundo a acusação, as infrações deviam ser consideradas agravadas, por um lado, devido à importância dos montantes em causa e, por outro, por se enquadrarem no âmbito de uma atividade criminosa sistemática de grande envergadura.

³¹⁴Acórdão do TJUE (Grande Secção), datado de 26 de fevereiro de 2013, disponível no sítio <http://curia.europa.eu>, consultado em 21.04.2014.

13. Por decisão de 24 de maio de 2007, a skatteverket aplicou a H. Åkerberg Fransson, relativamente ao período tributável de 2004, uma sobretaxa fiscal de 35 542 SEK a título de rendimentos da sua atividade económica, de 4 872 SEK a título de IVA e de 7 138 SEK a título de quotizações patronais. Aplicou-lhe também, na mesma decisão, relativamente ao período tributável de 2005, uma sobretaxa fiscal de 54 240 SEK a título de rendimentos da sua atividade económica, de 3 255 SEK a título de IVA e de 7 172 SEK a título de quotizações patronais. A estas sobretaxas acresceram juros. As referidas sobretaxas não foram objeto de recurso para o tribunal administrativo (...) A decisão que aplicou as sobretaxas fiscais está fundamentada nos mesmos factos de falsas declarações indicados pelo Ministério Público no processo penal objeto do processo principal.

14. No processo no tribunal *a quo*, coloca-se a questão de saber se a ação instaurada contra H. Åkerberg Fransson deve ser julgada improcedente com o fundamento de que, no âmbito de outro processo, este já foi punido pelos mesmos factos, o que contraria a proibição de ser punido mais de uma vez enunciada no artigo 4.º do P 7 à CEDH e no artigo 50.º da Carta.

15. Nestas condições, o Haparanda Tingsrätt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1) Nos termos do direito sueco, tem [de] existir um apoio claro na [CEDH] ou na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para que um tribunal nacional possa afastar disposições nacionais sobre as quais haja suspeitas de violarem o princípio da proibição da dupla condenação (princípio *ne bis in idem*) contido no artigo 4.º do Protocolo [...] n.º 7 à [CEDH] e, consequentemente, também o artigo 50.º da [Carta]. Este requisito, estabelecido pelo direito nacional para afastar disposições nacionais, é compatível com o direito da União, especialmente com os seus princípios gerais, nomeadamente do primado e do efeito direto do direito da União?

2) Está a admissibilidade de uma acusação por infrações fiscais abrangida pelo princípio da proibição da dupla condenação contido no artigo 4.º

do Protocolo [...] n.º 7 à CEDH e no artigo 50.º da Carta quando já tenha sido aplicada ao arguido determinada sanção económica (sobretaxa fiscal) no âmbito de um procedimento administrativo, em razão da mesma prestação de informações falsas?

Nas alegações produzidas, o AG Cruz-Villalón discutiu a questão da compatibilidade com o princípio *ne bis in idem* (na vertente da proibição da dupla condenação) do cúmulo da ação penal e administrativa, a propósito de cinco questões prejudiciais formuladas pelo *Haparanda Tingsrätt*, das quais, destacamos apenas a mais relevante para esta análise:

“Está a admissibilidade de uma acusação por infracções fiscais abrangida pelo princípio da proibição da dupla condenação contido no art. 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH e no art. 50.º da Carta, quando já tenha sido aplicada ao arguido determinada sanção económica (sobretaxa fiscal) no âmbito de um procedimento administrativo, em razão da prestação de informações falsas?”³¹⁵

Nessas alegações, o AG propôs ao tribunal a seguinte tomada de posição:

“1. No estado atual do processo de integração europeia, o art. 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de (...) que não impede os Estados-Membros de instaurarem um processo de natureza penal pelos mesmos factos e já punidos a título definitivo, por via administrativa, pelo mesmo delito, desde que o tribunal penal possa ter em conta a prévia aplicação de uma sanção administrativa, a fim de atenuar a pena a aplicar por esse tribunal”³¹⁶.

O parecer apresentado pelo AG ao tribunal sustenta-se num grande número de EM prever a possibilidade de condenações, pelos mesmos fatos, em sede administrativa e penal. No entanto, na sua ótica, o princípio da proporcionalidade não permite que a jurisdição penal faça tábua rasa da circunstância desses fatos submetidos à apreciação jurisdicional já haverem sido objeto de uma sanção administrativa prévia (*vide* ponto 94 e 95 das conclusões).

³¹⁵ Vide conclusões do AG Pedro Cruz Villalón, proferidas em 12 de junho de 2012 e consultadas no sítio <http://curia.europa.eu>, em 01 de março de 2014.

³¹⁶ *Idem*.

Secundando o parecer do AG, o TJUE entendeu que o princípio *ne bis in idem* tal como previsto no art. 50.º da CDFUE, não era incompatível com o cúmulo de sanções de carácter administrativo e penal, relativas aos mesmos fatos, desde que, as primeiras não revestissem natureza penal. Todavia, o órgão jurisdicional ressaltou que caberia sempre ao juiz nacional proceder ao exame dessas sanções e, à luz da legislação interna, avaliar se tais sanções são efetivas, proporcionais e dissuasivas ou se assumem um carácter “materialmente penal” (*vide*, pontos 25 e 34). Caberá ao juiz nacional (a fim de efetuar o teste de compatibilidade das sanções administrativas e penais com o art. 50.º da CDFUE) ponderar os três critérios indiciários definidos pelo TEDH na jurisprudência *Engel*: a qualificação da infracção no direito interno, a natureza dessa infracção, bem como, o tipo e a gravidade da sanção aplicável.

O primeiro critério *Engel* reporta-se à qualificação penal do normativo pelo ordenamento interno qualificação essa que, o TEDH, não considera decisiva mas apenas enquanto ponto de partida para a análise.

De acordo com o segundo critério *Engel*, o tribunal atende ao círculo de destinatários da disposição que sanciona determinada conduta. O fato de uma norma se dirigir à generalidade das pessoas e não a um determinado grupo com certo estatuto – à semelhança do que sucede, por exemplo, no direito disciplinar – constitui indício da natureza penal da sanção. Paralelamente, o TEDH atribui também relevo indiciário ao objetivo da sanção. O carácter penal é negado quando esta apenas atende à reparação de prejuízos patrimoniais. Se, pelo contrário, visar a repressão e a prevenção, aquele tribunal conclui que se está perante uma sanção penal. O TEDH, na sua jurisprudência mais recente pondera se o sancionamento da conduta ilícita se destina a proteger bens jurídicos cuja protecção é, normalmente, assegurada através de disposições penais. Estes elementos devem ser ponderados segundo uma visão de conjunto.

O terceiro critério *Engel* incide sobre o tipo e a gravidade da pena. No caso das penas privativas de liberdade o TEDH presume que tais sanções revestem uma natureza penal. Também as penas de multa cujo não pagamento é

sancionado, em substituição, com pena de prisão ou que impliquem a sua inscrição no registo criminal, constituem um indício de que se está na presença de um processo penal ³¹⁷.

No acórdão proferido, o TJUE concluiu que à partida o “(...) princípio *ne bis in idem* enunciado no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos fatos de inobservância das obrigações de declaração em matéria de imposto sobre o valor acrescentado sucessivamente uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal, desde que, a primeira sanção não revista carácter penal o que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar”.

A jurisprudência *Åklagaren c. Fransson* permite-nos extrair duas ilações relativamente ao posicionamento institucional do órgão jurisdicional europeu em matéria de política criminal na UE. Em primeiro lugar, o TJUE evita interpretações que colidam com as opções de política legislativa criminal dos estados membros. O órgão jurisdicional europeu não pretende, através de uma interpretação ampla do art. 50.º da CDFUE, condicionar ou determinar as configurações legislativas de cada estado membro. Subjacentes a esta jurisprudência encontram-se, em nosso entender, os princípios da subsidiariedade e da autonomia dos estados membros. Em segundo lugar, a interpretação e aplicação do *ne bis in idem* na UE sofre restrições e constrangimentos em função da geometria variável dos sistemas nacionais e encontra nestes um forte obstáculo à sua plena aplicação.

Por último, a jurisprudência em causa afasta ainda do seu fundamento axiológico o princípio da unidade da actuação repressiva, relativa ao mesmo sujeito e aos mesmos fatos.

No tocante ao preenchimento do elemento *bis* a jurisprudência do TJUE aponta para uma fundamentação axiológica do *ne bis in idem* nos princípios da liberdade de circulação dos cidadãos no espaço comum europeu e do

³¹⁷ Vide, os pontos 45) a 50) das conclusões da AG Kokott, no processo C- 489/10, consultadas no sítio <http://www.curia.eu.pt>, em 26.03.2012.

reconhecimento mútuo. Adotando uma argumentação pragmática-utilitarista, o TJUE reconheceu a subsistência de inúmeras diferenças entre as legislações internas e dificuldades existentes ao nível da harmonização legislativa. Por essa razão, evitou criar soluções hermenêuticas que inviabilizassem a manutenção da integridade dos ordenamentos nacionais e, por outro lado, criassem dificuldades à cooperação judiciária europeia em matéria penal. A jurisprudência *ne bis in idem* do TJUE desenvolveu-se em torno da necessidade de assegurar e manter, por um lado, a autonomia processual dos EM e, simultaneamente, garantir a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos submetidos a múltiplos procedimentos sancionatórios. Este equilíbrio manifestou-se no entendimento amplo do elemento *bis* e na margem de manobra reconhecida ao legislador e aos juízes nacionais.

Assim sendo, quando estão em causa procedimentos relativos aos mesmos fatos, envolvendo a mesma pessoa mas que têm distintas naturezas jurídicas (sendo um de carácter administrativo e o outro de carácter penal), a jurisprudência do TJUE é particularmente cautelosa e, apesar de revelar uma tendência convergente com o acervo do TEDH em relação à qualificação da sanção aplicada, deixa em aberto algumas questões pertinentes.

O TJUE não considera *a priori* essa cumulação de procedimentos (de natureza administrativa e penal) como violação ao *ne bis in idem* previsto no art. 50.º da CDFUE antes relega, para os juízes nacionais, a apreciação desses casos. Isto significa que caberá, ao juiz do processo no qual é invocada aquela garantia, averiguar (à luz dos critérios *Engel* enunciados) se, sob a aparência de uma sanção administrativa não estará em causa a aplicação de uma verdadeira sanção penal, caso em que poderá fazer operar a garantia *ne bis in idem*. No entanto, um dos aspetos que o acórdão não esclarece é qual o alcance do *ne bis in idem* nessas situações. Deve o juiz nacional aplicar o princípio da preclusão da acção sancionatória posterior e determinar o arquivamento do segundo processo ou, em contrapartida, aplicar o princípio do desconto da primeira sanção no momento da determinação da segunda, quanto ao mesmo arguido e aos mesmos fatos?

Em face da ausência de um critério europeu neste domínio, ao juiz nacional não resta, em nosso entendimento, senão duas alternativas: a aplicação preferencial dos normativos do seu direito interno, conformando a sua decisão com os cânones hermenêuticos nacionais e com os definidos pelo TEDH.

Sintetizando o que acima ficou exposto conclui-se que, na perspetiva do TJUE, para efeitos da aplicação do art. 54.º da CAAS, enformam o conteúdo do elemento *bis*:

- i. toda(s) a(s) decisão(s) nacional(s) definitivas que tenha(m) por efeito a extinção da ação penal, a nível interno;
- ii. que tais decisões sejam proferidas por uma autoridade com poderes para colaborar na administração da justiça (o órgão jurisdicional propriamente dito ou o Ministério Público);
- iii. que, independentemente do seu conteúdo, as mesmas efetuem um juízo sobre o mérito da causa (independentemente delas resultar a condenação ou absolvição do agente) ou sejam o resultado da prescrição do procedimento (por maioria de razão, tal incluiria o perdão ou amnistia);
- iv. e que, independentemente da qualificação do procedimento como administrativo se traduzam, à luz da jurisprudência *Engel* do TEDH, em decisões que aplicam sanções materialmente penais.

Relativamente à caracterização de uma decisão como definitiva importa salientar que, na ótica do AG Ruiz Jarabo-Colomer é preciso que daí resulte uma “decisão de mérito”. Para este efeito, decisões de mérito são aquelas que, independentemente do seu conteúdo, esgotam a pretensão punitiva do Estado relativamente à questão *sub júdice* ³¹⁸.

Na avaliação do conceito “definitividade”, o Tribunal não formulou qualquer construção autónoma remetendo, uma vez mais, para as disposições do direito interno. No caso em apreço, resulta da jurisprudência do TJUE, um entendimento amplo e flexível acerca do “julgamento definitivo” capaz de

³¹⁸ Vejam-se os pontos 63 a 67 das suas conclusões no Acórdão *Van Straaten*.

abarcam as diversas soluções do direito interno que colocam termo à ação penal e suportada, em primeira linha, na análise efetuada pelos juízes nacionais.

A jurisprudência do TJUE revela, neste domínio, uma textura hermenêutica aberta e flexível que permite acomodar e estabelecer pontos de contato entre a superestrutura normativa europeia e as infraestruturas jurídico-processuais dos EM, respeitando a sua integridade.

4.2 O elemento *idem* ou o conceito de «mesmos fatos»

Neste capítulo, deter-nos-emos sobre um outro elemento do *ne bis in idem*: o conceito de “mesmos fatos” ou o elemento *idem*.

No tocante ao seu preenchimento, a discussão teórica e jurisprudencial subjacente centra-se na opção entre uma conceção do *idem* em sentido material (*idem factum*) ou legal (*idem crimen*). A opção por um ou outro tem sérias implicações na aplicação do *ne bis in idem* porquanto, uma conceção jurídica do fato em detrimento de uma conceção material poderá reduzir, substancialmente, o campo de aplicação daquele princípio, comprimindo os direitos individuais e potenciando uma multiplicação de procedimentos, consoante as ordens jurídicas envolvidas.

No entanto, apesar da jurisprudência do TJUE ter adotado, de forma consistente, uma conceção material do fato subsistem diversos pontos controversos que demonstram a falta de unanimidade em torno do problema e as dúvidas quanto ao alcance da terminologia normativa. Se atentarmos na letra do art. II -110.º do Projecto de Tratado Constitucional daí resulta que, a sua redacção é distinta da orientação acolhida jurisprudencialmente pelo TJUE. A terminologia legal apela a um entendimento do fato como *idem crimen*³¹⁹ (uma vez que, ali se faz alusão ao termo “delito”) ao passo que, o TJUE tem definido

³¹⁹ “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado nos termos da lei.”

aquele elemento, a propósito da interpretação do art. 54.º da CAAS, enquanto *idem factum*.

Idêntica formulação consta do art. 50.º da CDFUE ao qual foi reconhecido, por via do disposto no art. 6.º do TUE (na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa), valor jurídico idêntico ao dos Tratados.

Constata-se que existe um desfasamento entre a interpretação literal daqueles normativos e a efetuada, no contexto do art. 54.º da CAAS, pelo TJUE. Também na iniciativa legislativa da República Helénica (*vide* art. 1.º al. e) e na Proposta de Freiburg sobre conflitos de jurisdição e *ne bis in idem* ³²⁰ o conceito utilizado é de “*Act*” entendido “(...) substancialmente como mesmos fatos, independentemente da sua qualificação legal (...) ³²¹”.

Destarte, importa avaliar o modo como foi interpretado e construído o elemento *idem* nos Acórdãos *Van Esbroeck*, *Van Straaten*, *Gasparini*, *Kretzinger e Kraaijenbrink*.

4.2.1 Enquadramento fático do Acórdão *Van Esbroeck*:

No Acórdão *Van Esbroeck*, proferido em 09 de Março de 2006 no âmbito do Processo C- 436/04, o TJUE apreciou e decidiu, entre outras questões, o problema da identidade dos fatos, a partir do texto do art. 54.º da CAAS.

“L. *Van Esbroeck*, cidadão belga, foi condenado em 2 de outubro de 2000 pelo *Bergens tingrett*, tribunal de primeira instância de Bergen (Noruega), a cinco anos de privação da liberdade, como autor de um delito de importação ilegal de produtos estupefacientes, cometido em 1 de junho de 1999. Uma vez cumprida metade da pena e posto em liberdade condicional, regressou ao seu país, onde em 27 de novembro de 2002 se iniciou um processo penal, em que era

³²⁰ *Vide* § 6 (2) c) do documento, consultado no sítio: www.mpicc.de/shared/data/pdf/fa-ne-bis-in-idem.pdf, em 09.06.09, tradução nossa do inglês: “(...) as substantially the same facts, irrespective of their legal character.”

³²¹ *Vide*, no documento apresentado pelo grupo de trabalho do Instituto Max-Planck, a redação do § 6 (2) (c) Rule and definitions.

acusado de ter exportado, em 31 de maio de 1999, as substâncias que introduzira na Noruega no dia seguinte, tendo sido então condenado pelo *Hof van Beroep te Antwerpen, correctionele kamer* (tribunal correcional de Antuérpia), em um ano de prisão por sentença de 19 de Março de 2003, confirmada em sede de recurso por decisão de 9 de janeiro de 2004.”

O Tribunal, seguindo a argumentação do AG Ruiz Jarabo-Colomer decidiu que o critério relevante na interpretação do elemento *idem*, para efeitos de aplicação do art. 54.º da CAAS era o da identidade material dos fatos, independentemente, da qualificação jurídica ou do interesse juridicamente protegido. A conclusão do Tribunal, sustentada nas conclusões do AG apoiou-se num argumento literal (a aproximação linguística ao conceito fatural)³²² e noutro de ordem teleológica traduzido na natureza e no fundamento do *ne bis in idem*.

O argumento literal não pode ser desconsiderado porquanto, com base nesse argumento, o AG efetua um contraponto com outros normativos relativamente aos quais, a terminologia utilizada é distinta, sendo distinto também o respetivo campo de aplicação. Nos arts. 14.º, n.º 7 do PIDCP e 4.º do P 7 anexo à CEDH o termo utilizado é o de «infração». Contudo, em cada um destes instrumentos, apenas está em causa a dimensão interna do princípio, ao contrário do previsto no art. 54.º da CAAS que assume uma dimensão transnacional.

Também na iniciativa da República Helénica, o termo *idem* traduz-se numa «segunda infração penal fundada exclusivamente nos mesmos factos, ou em factos substancialmente idênticos, independentemente da sua qualificação jurídica» (artigo 1.º, alínea e)). De acordo com este entendimento, só uma conceção material do fato (que seja autónoma das qualificações jurídicas efetuadas em cada ordenamento) assegura plenamente a prossecução dos

³²² No ponto 44 das suas conclusões escreveu: “A versão espanhola da Convenção, em que se lê «por los mismos hechos», não oferece dúvidas; os textos alemão, francês, inglês, italiano e neerlandês («wegen derselben Tat», «pour les mêmes faits», «for the same acts», «per i medesimi fatti» e «wegens dezelfde feiten», respetivamente) também não se prestam a polémica, pois todos aludem ao *idem factum*, ao conjunto de acontecimentos que se julgam como fenómeno histórico que o juiz há-de apreciar, retirando as consequências jurídicas relevantes.”

objetivos da livre circulação de pessoas no interior do espaço *Schengen*. Por outro lado, segundo o AG, também o critério do bem jurídico deveria ser afastado por idêntica ordem de razões (por se encontrar indissociavelmente ligado às políticas e opções criminais de cada EM) quais sejam, a de garantir que o cidadão se sinta livre e seguro no espaço geográfico e normativo da UE.

No acórdão o TJUE defendeu que esta é a única conceção adequada às exigências de segurança e equidade e à necessidade de assegurar o respeito pelas garantias de defesa. Para este efeito advoga que, a identidade de fatos materiais constitui “um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si”. Os fatos materiais são considerados os mesmos fatos se constituírem um conjunto indissociavelmente ligado no tempo, no espaço e em função do seu objeto cabendo às instâncias nacionais, no caso concreto, a apreciação desses elementos materiais. O fundamento desta posição radica no fato dos EM não haverem subordinado a aplicação do art. 54.º da CAAS a qualquer exigência prévia de harmonização processual ou substantiva.

Como salienta Costa Ramos, a utilização de um critério normativo “equivaleria a permitir que cada Estado impusesse, na ausência de harmonização, as suas próprias concepções penais sobre os outros Estados (...) ³²³”.

4.2.2 Enquadramento fático do Acórdão *Kretzinger*:

No Acórdão *Kretzinger* (proferido no processo C-288/05 de 18 de julho de 2007) cabia ao Tribunal apreciar se um contrabandista pode ser condenado em diferentes processos penais em cada EM (dado que transita em cada passagem de fronteira) ou se, em contrapartida, o julgamento num EM de apenas uma parte desse trajeto, pode determinar à consunção do exercício da ação penal a nível europeu.

³²³ Vide, ob. cit. p. 271.

“ (...) Em maio de 1999 e abril de 2000, J. *Kretzinger* transportou por camião, da Grécia para o Reino Unido, via Itália e Alemanha, cigarros de contrabando provenientes de países não membros da UE e que tinham sido, previamente, introduzidos na Grécia por terceiros. Esses cigarros não foram declarados a nenhuma alfândega. No primeiro transporte, o camião continha um carregamento de 34 500 pacotes de cigarros que acabou por ser intercetado em Itália pela *Guardia di Finanza* (polícia financeira) italiana, em 3 de maio de 1999. Após interrogatório, J. *Kretzinger* foi posto em liberdade em 4 de maio de 1999. Por sentença de 22 de fevereiro de 2001, a *Corte d'Appello di Venezia* (...) condenou J. *Kretzinger*, na sua ausência, a uma pena de prisão suspensa de um ano e oito meses. Baseou a sua condenação num delito de importação e de posse, em Itália, de 6 900 quilogramas de tabaco estrangeiro de contrabando e de subtração ao pagamento dos respetivos direitos aduaneiros. No direito italiano, esta decisão adquiriu força de caso julgado. A pena foi inscrita no registo criminal do réu. No segundo transporte, o camião continha um carregamento de 14 927 pacotes de cigarros de contrabando. Em 12 de abril de 2000, J. *Kretzinger* foi de novo intercetado pela *Guardia di Finanza* italiana. Esteve detido e/ou preso preventivamente em Itália durante um curto período, tendo seguidamente partido para a Alemanha. Por sentença de 25 de janeiro de 2001, o *Tribunale di Ancona* (Itália) condenou J. *Kretzinger*, na sua ausência e com fundamento nas mesmas disposições do direito italiano, a uma pena de prisão efetiva de dois anos. Também esta decisão adquiriu força de caso julgado.

Com conhecimento dessas decisões italianas, o *Landgericht Augsburg* condenou J. *Kretzinger* a uma pena de prisão de um ano e dez meses pelo primeiro transporte e de um ano pelo segundo. Ao fazê-lo, o *Landgericht* baseou a condenação de J. *Kretzinger* no delito de recetação de mercadorias subtraídas ao pagamento de direitos aduaneiros constituídos no momento da importação, na Grécia, de mercadorias de contrabando, delito que é punido pelo § 374 do código geral dos impostos. O *Landgericht Augsburg*, ao mesmo tempo que indicou que as duas condenações definitivas proferidas em Itália ainda não tinham sido

executadas, não considerou que existisse qualquer obstáculo processual decorrente do artigo 54.º da CAAS. “

A AG Sharspton seguiu neste processo um entendimento semelhante ao já firmado no Acórdão *Van Esbroeck* sugerindo ao órgão jurisdicional que aplicasse o mesmo critério: o da identidade material dos factos. A partir deste postulado, a AG defendeu que: “(...) uma sequência de eventos constituída por transações de importação e exportação ligadas é suscetível de constituir, em princípio um conjunto de fatos que, pela sua própria natureza, estão indissociavelmente ligados.”³²⁴

O Tribunal considerou que, as sucessivas passagens de fronteiras ao longo do trajeto percorrido pelas mercadorias não constituíam uma distinta resolução criminosa. Tratava-se de uma iniciativa global insuscetível de ser artificialmente dividida.

Num caso semelhante, o AG Ruiz Jarabo - Colomer escreveu: “ (...) é irónico falar de importação e de exportação num território regido por um ordenamento jurídico que precisamente tende por essência a derrubar as fronteiras, tanto para as pessoas como para as mercadorias ³²⁵ .”

Mais tarde, o TJUE, no Acórdão *Kraaijenbrink* (proferido em 18 de julho de 2007, no âmbito do Processo C- 367/05) manteve idêntico entendimento.

4.2.3 Enquadramento fático do Acórdão *Kraaijenbrink*:

“N. *Kraaijenbrink*, cidadã neerlandesa, foi condenada, por sentença de 11 de dezembro de 1998 do *Arrondissementsrechtbank te Middelburg* (tribunal distrital de Middelburg), Países Baixos, numa pena suspensa de seis meses de prisão, pela prática, entre outubro de 1994 e maio de 1995, nos Países Baixos, de diversos crimes de recetação de capitais provenientes do tráfico de droga, punidos pelo artigo 416.º do Código Penal neerlandês (*Wetboek van Strafrecht*).

³²⁴ Vide, ponto 38 das conclusões da AG Sharpston no Acórdão *Kretzinger*.

³²⁵ Vide o ponto 52 das conclusões vertidas no Acórdão *Van Esbroeck*.

Por sentença de 20 de abril de 2001, o Rechtbank van eerste aanleg te Gent condenou N. *Kraaijenbrink* numa pena de dois anos de prisão por diferentes violações do artigo 505.º do Código Penal belga em razão de várias operações de câmbio, efectuadas na Bélgica, entre novembro de 1994 e fevereiro de 1996, de montantes de dinheiro provenientes do tráfico de estupefacientes levado a cabo nos Países Baixos. Esta decisão foi confirmada por sentença de 15 de março de 2005 do *Hof van Beroep te Gent, correctionele kamer* (tribunal de recurso de Gent, secção criminal). Reportando-se ao artigo 71.º da CAAS e ao artigo 36.º, n.º 2, alínea a), i) e ii), da Convenção Única, estes dois tribunais consideraram que N. *Kraaijenbrink* não podia invocar o artigo 54.º da CAAS. Com efeito, entenderam que os crimes de recetação de montantes de dinheiro provenientes do tráfico de estupefacientes praticado nos Países Baixos e as operações de branqueamento do dinheiro resultante deste tráfico, praticados na Bélgica, deviam ser considerados fatos distintos neste último Estado, não obstante a unidade de intenção entre os delitos de recetação cometidos nos Países Baixos e os delitos de branqueamento de capitais cometidos na Bélgica. N. *Kraaijenbrink* interpôs então recurso, invocando, nomeadamente, a violação do princípio *ne bis in idem* enunciado no artigo 54.º da CAAS. “

Neste caso, o critério decisivo invocado pelo TJUE, para efeitos da aplicação do art. 54.º da CAAS, foi o da identidade dos fatos materiais. Salientam os juízes que tal apreciação deverá ser efetuada pela instância nacional, à qual, caberá decidir se o grau de identidade e de conexão entre todas as circunstâncias fatuais a comparar é tal, que seja possível declarar, à luz do critério acima mencionado, tratarem-se dos *mesmos fatos* na aceção do artigo 54.º da CAAS.

Por outro lado, no ponto 30 do aresto sublinha-se que a existência de uma ligação subjetiva entre fatos que deram lugar a ações penais em dois estados diferentes não garante, necessariamente, a existência de uma ligação objetiva entre eles. Por seu turno, o simples fato da autoridade nacional do segundo EM declarar que o presumido autor agiu com a mesma intenção delituosa não é, só

por si, suficiente para garantir a existência de um conjunto concreto de circunstâncias interligadas, à luz do critério da tripla identidade adotado (*vide* ponto 29).

No acórdão, o Tribunal concluiu que não se havendo estabelecido claramente se os lucros financeiros provenientes do tráfico de estupefacientes eram os que estavam na origem do processo de branqueamento de capitais no outro estado, então não se poderiam subsumir as condutas ao conceito de mesmos fatos para efeitos de aplicação do disposto no art. 54.º da CAAS.

Todavia, um dos problemas que se poderão colocar aos tribunais nacionais, nesta sede, prende-se com a necessidade de conhecer o âmbito e o objeto material do processo e/ou das investigações em curso noutro estado membro e que se reportem à mesma pessoa e “aos mesmos fatos”. Esta questão poderá ser resolvida através do recurso aos mecanismos de cooperação judiciária, nomeadamente, através da Eurojust que, nos termos do art. 85.º, n.º1 al.b) do TUE (na redação do Tratado de Lisboa) assume o papel de interlocutor privilegiado entre as diversas jurisdições nacionais podendo vir a coordenar as ações penais. Desta forma, o juiz titular do processo em que se haja de apreciar a questão da aplicação do art. 54.º da CAAS poderá, por via da Eurojust, solicitar ao seu congénere do outro EM (onde correu termos o primeiro processo) que preste as informações consideradas necessárias a essa avaliação, nomeadamente, através da remessa de certidão de peças desse processo e, fundamentalmente, da decisão ali proferida.

Em síntese, podemos divisar aqui uma tendência da jurisprudência europeia que tende a firmar-se no sentido de acolher uma conceção material do fato em detrimento de uma conceção normativa. Por outro lado, no tocante à iniciativa da República Helénica, apesar de naquela se ter optado pela dimensão material do conceito, a formulação contida na proposta possibilita uma certa margem de indeterminação na apreciação desses fatos dado que alude a “fatos substancialmente idênticos”.

Dir-se-à, no entanto, que a interpretação feita pelo TJUE relativamente ao conceito de mesmos fatos parte de uma visão naturalística-ontológica que é a mais concordante com a segurança jurídica e a plena operacionalidade prática de um *ne bis in idem* transnacional. Consequentemente, sempre que existir uma indissociabilidade fática decorrente da unidade temporal, espacial e intencional dos fatos, o exercício do *ius puniendi* do EM precluirá sempre o ulterior exercício desse *ius puniendi* relativamente aos mesmos fatos, por outro EM ³²⁶.

Esta visão do problema é, aliás, a que melhor se coaduna com o princípio do reconhecimento mútuo, o qual, como se viu, parte da confiança recíproca entre os ordenamentos jurídicos dos EM.

³²⁶ Neste sentido, *vide* COSTA RAMOS, V. ob. cit. p. 280.

Capítulo II – A aplicação jurisprudencial do modelo *ne bis in idem* europeu

1. Um modelo de análise para um *ne bis in idem* coerente no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

A convivência no ordenamento da UE de três normativos contendo disposições referentes ao *ne bis in idem* pressupõe, em nome da segurança jurídica e individual a construção de um quadro interpretativo coerente. As disposições dos arts. 54.º da CAAS, 50.º da CDFUE e 4.º do P 7, apesar de possuírem âmbitos de aplicação distintos, intersejam-se em segmentos de sobreposição.

A adesão da UE à CEDH impõe que a UE enquanto ator legislativo, institucional e parte contratante conforme os seus normativos e procedimentos aos parâmetros interpretativos e jurisprudenciais definidos pelo TEDH, tal como decorre do artigo 1.º da CEDH. Após a adesão, os cidadãos europeus poderão vir a fazer uso do mecanismo do art. 34.º (queixa individual), designadamente para invocar eventuais violações da CEDH (por parte de instituições europeias) e as desconformidades do ordenamento europeu com aquele acervo.

Uma primeira análise comparativa entre os três dispositivos revela que, de todos, o normativo da CAAS é o mais restritivo dado que, contém uma condição de execução (que não se verifica em nenhum dos demais) e um regime de exceções ínsito no art. 55.º. Em contrapartida, o art. 4.º do P7 da CEDH, circunscrito à vertente interna do *ne bis in idem* é o único que prevê, no seu n.º 2, a possibilidade de reabertura do processo desde que: “haja provas da descoberta de novos fatos ou se ocorreu um erro fundamental no primeiro procedimento (...).”

O art. 50.º da CDFUE é, por seu turno, o que apresenta a formulação mais ampla do ponto de vista das garantias individuais porquanto, não contempla nem a condição de execução nem qualquer regime de exceções.

A existência da condição de execução (da decisão penal anteriormente proferida) prevista na 2ª parte do art. 54.º da CAAS constitui uma limitação ao *ne bis in idem* derogando o seu carácter absoluto.

A jurisprudência *Bourquain* do TJUE interpretou-a de um modo bastante amplo de forma a alargar, o mais possível, o seu âmbito de aplicação.

Efetivamente, foi no âmbito do processo C - 297/07 *Staatsanwaltschaft regensburg vs Klaus Bourquain* que o TJUE teve a oportunidade de se pronunciar, pela primeira vez, quanto ao sentido e ao alcance da expressão contida na 2ª parte do art. 54.º da CAAS. De acordo com os juízes do tribunal do Luxemburgo o objetivo da condição de execução é o de evitar que pessoas condenadas possam vir a invocar e a beneficiar do *ne bis in idem* quando, em procedimentos anteriores, lograram subtrair-se voluntariamente à ação da justiça.

1.1 Enquadramento fático do Acórdão *Bourquain*:

No processo *Bourquain* estava em causa um legionário alemão que prestou serviço no norte de África nos anos 60 e que, após ter desertado do contingente em que se encontrava, foi interceptado por um colega (cidadão alemão) que acabou por vir a matar. Refugiou-se na República Democrática Alemã onde viveu durante alguns anos. Em 26 de janeiro de 1961 foi julgado (na ausência) por um tribunal militar francês que o condenou à morte. Após a reunificação das duas Alemanhas, *Bourquain* veio a ser novamente julgado, pelos mesmos fatos, por um tribunal alemão. Durante o processo, invocou o princípio *ne bis in idem* como obstáculo à continuação daquele procedimento tendo por base o processo e a sentença proferida pelo tribunal militar francês.

Nessa sequência, as autoridades alemãs pediram às autoridades francesas que confirmassem o alegado pela defesa, tendo aquelas esclarecido que a

sentença havia transitado em julgado (efeito de *res judicata* em 1981) em data anterior à do início do novo processo (2002) pelo que já não podia ser executada em França. Além do mais, aquele crime havia também sido amnistiado, por força da Lei n.º 68-697 de 31 de julho de 1968, aplicável aos crimes praticados durante a guerra da Argélia.

O TJUE, seguindo a solução preconizada pelo AG Ruiz Jarabo-Colomer, sufragou um entendimento amplo da condição de execução. Para o tribunal, aquele normativo deveria ser interpretado no sentido de prevenir uma segunda prossecução penal, contra a mesma pessoa, pelos mesmos fatos, desde que a primeira decisão fosse definitiva (à luz da lei do estado que a proferiu) à data da instauração do segundo processo. Esta interpretação aplicar-se-ia (tal foi o caso dos autos) às sentenças proferidas “na ausência” do acusado.

De acordo com a argumentação expendida pelo AG Jarabo-Colomer, o art. 54.º da CAAS: “ (...) não exige que a sentença alcance o estatuto de definitiva no momento em que é proferida pois basta que essa condição se verifique quando se inicie o segundo processo (...) o que, para o sr. Bourquain, teve lugar no ano de 2002, ano em que a decisão do tribunal militar havia transitado em julgado, de acordo com o normativo francês.”

O AG salientou que, o fato do acusado ter sido julgado e condenado na ausência não poderia operar “em seu desfavor” porquanto, tal transformaria esta garantia processual (o direito a estar presente no julgamento) numa condição que anularia a aplicação de outros direitos como o *ne bis in idem*:

“63. Além do mais, de acordo com diversos instrumentos jurídicos, a presença do acusado em juízo permite a concretização da sua defesa e do seu direito ao processo justo, inclusivamente a decisão quadro 2002/584 permite exigir ao estado requerente, quando pretenda executar a pena imposta à revelia, indícios claros de que o condenado pode solicitar novo julgamento em que se assegurem os seus direitos fundamentais. Transformar esta garantia do acusado numa condição que anula outros direitos, conduziria a uma situação absurda, qual

seja, a de limitar a aplicação do *ne bis in idem* às decisões que impeçam uma revisão da sentença em benefício do acusado ³²⁷.

Todavia, apesar da premência da questão, a doutrina europeia tem sido parca nas suas reflexões em torno da condição de execução e da necessidade da sua manutenção, no quadro normativo subsequente às alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa e da entrada em vigor, com carácter vinculativo, da CDFUE. No quadro normativo, pré-Carta, dois dos autores que se debruçaram sobre o tema, Lelieur-Fischer e Van Bockel, assumiram posições divergentes.

Van Bockel propugnou pela manutenção desta condição de execução, sustentando a sua posição na necessidade de prevenir a impunidade de criminosos que se subtraíram à ação da justiça penal. Para o efeito invocou que a Europa, ao longo do séc. XX, viveu inúmeros períodos de conturbação social, económica e política (as guerras mundiais, a guerra fria, os fenómenos de descolonização, entre outros) que tornaram difícil a aplicação da justiça penal e, como tal, na sua perspetiva, a manutenção da condição de execução prévia da sanção seria perfeitamente justificável, a fim de evitar a proliferação de um sentimento de impunidade. Salientou ainda que, o passado recente da UE (designadamente, a guerra nos balcãs, a queda dos regimes autoritários do leste europeu e os crimes associados a estes fenómenos) justificava a manutenção da condição de execução, uma vez que, muitos dos autores desses crimes, foram julgados na ausência e não cumpriram quaisquer penas, não se justificando que,

³²⁷ Tradução nossa do castelhano: “ (...) no exige que la sentencia alcance el estatuto de definitiva cuando se dicte, pues basta con que esa condición concorra al iniciarse el segundo proceso, (...) lo que, para el Sr. Bourquain, tuvo lugar en el año 2002, en el que la decisión del tribunal militar había ganado ya la condición de cosa juzgada, a tenor de la propia normativa francesa.” (...)“ 63. (...) Además, de acuerdo con diversos instrumentos, (66) la presencia del acusado durante el juicio permite la concreción de su defensa y de su derecho al proceso debido (67) e, incluso, la Decisión marco 2002/584, (68) permite exigir al Estado requirente, cuando pretenda ejecutar una pena impuesta en rebeldía, indicio claro de que el condenado puede solicitar un nuevo juicio en el que se aseguren sus derechos fundamentales. 64. Transformar esta garantía del imputado en una condición que anule la aplicación de otros derechos conduciría a una situación absurda, que se consumaría si se limitase la aplicación del *ne bis in idem* a las decisiones que impidan una revisión en su beneficio.” in <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=es&num=79919591c19070297&doc=T&ouvert=T&seance=concl#footnotes>, consultado em 06 de junho de 2011.

dessa forma, se considerassem protegidos (por via do *ne bis in idem*) de novos julgamentos penais ³²⁸.

Para Van Bockel, o *ne bis in idem* não constitui um direito absoluto:

“Defendo que um princípio como o *ne bis in idem* não deve servir para proteger infratores e torná-los imunes a uma ulterior ação penal quando a sanção anterior não pode ser executada por razões específicas (nomeadamente, históricas) tal como ocorreu no caso *Bourquain*³²⁹.” Para o autor a condição de execução do art. 54.º da CAAS, assegura o justo equilíbrio entre os interesses individuais e as necessidades coletivas de segurança e de punição dos delitos ³³⁰.

Contrariamente ao defendido por Van Bockel, Lelieur- Fischer advogou que, a consolidação progressiva do reconhecimento mútuo no ELSJ e o aperfeiçoamento dos mecanismos de entrega de pessoas (através do recurso ao MDE) poderão vir a tornar irrelevante a exceção da impossibilidade de execução da sanção prevista na 2ª parte do art. 54.º da CAAS ³³¹.

Guy Stessens e Christine Van den Wyngaert defendem, tal como Van Bockel, que os indivíduos que se subtraem, voluntariamente, à ação da justiça (impedindo a execução da sentença em que foram inicialmente condenados) também não devem beneficiar do efeito *ne bis in idem* do primeiro julgamento ³³².

Nos capítulos subsequentes, analisaremos duas decisões jurisprudenciais (de um tribunal alemão e de um tribunal italiano) que decidiram, de forma

³²⁸ Vide, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, p. 235.

³²⁹ Tradução nossa do inglês: “I submit that a principle like *ne bis in idem* should not work to render perpetrators immune for further prosecution after an earlier sanction could not be enforced for a specific (historical) reason, such was the case in *Bourquain* (...)”. in VAN BOCKEL, B. ob. cit.p. 234.

³³⁰ Tradução nossa do inglês: “I submit that a principle like *ne bis in idem* should not work to render perpetrators immune for further prosecution after an earlier sanction could not be enforced for a specific (historical) reason, such was the case in *Bourquain* (...)”. in VAN BOCKEL, B. ob. cit.p. 234.

³³¹ Vide LELIEUR-FISCHER, J. ob. cit, p. 544. A autora ilustra esta afirmação recorrendo a diversos exemplos legislativos europeus que facilitam a entrega de pessoas e estatuem sobre o reconhecimento das sanções penais e, de certa forma, obviam às dificuldades sentidas pelos EM em fazer cumprir as sanções penais em que foram condenados cidadãos que se furtaram, voluntariamente, a esse cumprimento, a saber: a Decisão Quadro 2005/214/JAI do Conselho de 24 de fevereiro de 2005, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, a Convenção do Conselho da Europa sobre o Valor Internacional do Julgamentos Penais, de 28 de maio de 1970, entre outros.

³³² Vide, STESENS, G. e VAN DEN WYNGAERT, C.: *The International non bis in idem Principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 199, p. 799.

diversa, a questão da subsistência da manutenção da condição de execução prevista na 2ª parte do art. 54.º da CAAS e as exceções ínsitas no art. 55.º daquele diploma, após a entrada em vigor da CDFUE.

No caso da sentença alemã estava em causa a manutenção da condição de execução do art. 54.º, 2ª parte e, no caso italiano, a subsistência da exceção de territorialidade prevista no art. 55.º al. a) da CAAS.

2. A decisão *ne bis in idem* do Tribunal de Aachen e a exceção de execução de sentença do art. 54.º, 2ª parte da CAAS

2.1 Enquadramento fático do Acórdão *Aachen*:

Em 23 de março de 2010, o tribunal de *Aachen* condenou *Heinrich Boere* pela prática de três crimes de homicídio.

O tribunal especial de Amesterdão condenara, em 18 de outubro de 1949, aquele cidadão à morte pela prática de três crimes de homicídio de civis holandeses, em território holandês, em 1944, durante a ocupação nazi. Nesse processo, o arguido fora julgado na ausência e sem que lhe tivesse sido nomeado advogado de defesa. Posteriormente, um outro tribunal holandês viria a comutar a pena de morte e a substitui-la pela pena de prisão perpétua. Em 1983, a Alemanha recusou a sua extradição para a Holanda, alegando tratar-se de um cidadão alemão.

Em 2003, as autoridades holandesas pediram às autoridades alemãs que executassem a sentença do tribunal especial de Amesterdão e que lhe fosse aplicada a pena de prisão perpétua, com base na Convenção Europeia para a Execução das Sentenças Penais Estrangeiras de 13.11.1991. O pedido foi aceite pelo tribunal alemão de primeira instância mas recusado em sede de recurso. Em julho de 2009, a jurisdição alemã decidiu julgar o arguido e, em dezembro desse ano, a defesa alegou a violação da regra *ne bis in idem* com base no art. 50.º da

CDFUE e peticionou o adiamento da audiência a fim de ser suscitada, em sede de reenvio prejudicial, a seguinte questão junto do TJUE:

“O art. 50.º da CDFUE impede múltiplas perseguições penais, em diferentes EM se uma sentença condenatória já foi proferida, independentemente, da sua execução prévia?”

O tribunal alemão rejeitou as alegações da defesa e a necessidade de recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial invocando que, o art. 50.º da CDFUE tem que ser interpretado de acordo com o art. 54.º da CAAS.

A questão de fundo colocada à jurisdição alemã relacionava-se com a interpretação do art. 50.º da CDFUE, a delimitação do seu âmbito de proteção e se, a condição de execução do art. 54.º da CAAS teria sido derogada por aquela norma, após a entrada em vigor da CDFUE.

O tribunal alemão efetuou uma leitura restritiva do art. 50.º da CDFUE (em conjugação com o art. 54.º da CAAS) considerando que, o primeiro não se aplicaria nos seguintes casos:

- i. se uma decisão condenatória proferida por um outro tribunal não foi executada;
- ii. se uma decisão condenatória anterior não pode ser executada, nem pelo estado que a proferiu nem pelo estado executante, em virtude do arguido não poder ser extraditado ou porque a sentença original não é reconhecida à luz do direito do estado de execução.

Na ótica do tribunal de *Aachen*, o art. 54.º da CAAS deveria ser interpretado como limitação ao exercício dos direitos e liberdades incluídos na CDFUE, dado que, respeita a essência do *ne bis in idem* europeu ao mesmo tempo que prossegue o fim legítimo de administração da justiça, tendo em conta os interesses da sociedade e o estatuto das vítimas nos procedimentos criminais.

A posição do órgão jurisdicional alemão pode ser sintetizada nos seguintes termos:

- i. o art. 54.º da CAAS (apesar de fazer parte do direito secundário da UE) ainda se encontra em vigor e não foi derogado pelo art. 50.º da CDFUE;

ii. por isso, os tribunais nacionais e os tribunais europeus estão adstritos à sua aplicação;

iii. a CDFUE apenas se aplicará quando estiver em causa o direito europeu, sendo que, a cláusula do art. 51.º, n.º1 da CDFUE pretende salvaguardar a integridade das ordens jurídicas nacionais;

iv. o art. 54.º da CAAS deve ser entendido como uma concretização do art. 50.º da CDFUE (o que significa que, não se trata de dois normativos independentes) uma vez que, existe apenas um único princípio *ne bis in idem* europeu transnacional;

v. para o tribunal alemão, a barreira processual que operacionaliza o *ne bis in idem* e impede duplas perseguições penais é o art. 54.º da CAAS e não o art. 50.º da CDFUE.

Consequentemente, para o tribunal de *Aachen*, o art. 50.º da CDFUE não derogou a condição de execução prevista na 2.ª parte do art. 54.º da CAAS e ambos devem ser interpretados em estreita articulação. Por esta razão, a condição de execução mantém-se em vigor na ordem jurídica da UE.

A conclusão a extrair desta jurisprudência é a de que previamente à entrada em vigor da CDFUE, o art. 54.º da CAAS já existia e vigorava no ELSJ razão, pela qual, este antecedente histórico deve ser levado em linha de conta na análise da relação entre os dois normativos. Para o tribunal alemão, o art. 50.º da CDFUE não exclui a possibilidade de ser acionado um novo procedimento criminal nos casos em que a condenação resultante do primeiro julgamento não foi executada, se o processo de execução não está em curso e essa execução não é expectável em termos legais

A posição sustentada pelo tribunal alemão suporta-se no art. 52.º da CDFUE do qual resulta que, o art. 50.º da CDFUE não constitui uma garantia absoluta contra duplas perseguições penais pelo que são admissíveis limites, de carácter geral, à operacionalidade daquele princípio. Além do mais, o considerando 5.º do Preâmbulo da CDFUE (interpretado em conformidade com o art. 6.º do TUE) sublinha a importância interpretativa das explicações oficiais

efetuadas pelo *Praesidium* quanto àquele instrumento. Neste entendimento, as disposições da CDFUE não garantem uma maior protecção em termos de *ne bis in idem* do que as disposições da CAAS, pelo que, a condição de execução prevista na 2^a parte do art. 54.º e as exceções do art. 55.º CAAS seriam compatíveis com o normativo do art. 50.º (interpretado de acordo com as diretrizes ínsitas no art. 52.º da CDFUE).

Consequentemente, os arts. 54.º e 55.º da CAAS constituiriam um corpo normativo secundário que operacionalizaria o art. 50.º da CDFUE.

2.2 A jurisprudência do Tribunal de Milão em matéria de *ne bis in idem* e a exceção de territorialidade do art. 55.º da CAAS;

2.2.1 Enquadramento fático do Acórdão de Milão:

Em 01 de julho de 1994 a procuradoria de Milão formulou junto do juiz de instrução um pedido para a apresentação em tribunal de três pessoas suspeitas da prática dos crimes de incêndio agravado, sequestro e homicídio premeditado na pessoa de EB, fatos ocorridos em Milão, entre 08 e 09 de março de 1989.

Durante o inquérito preliminar, o juiz de Milão emitiu mandados de captura contra dois desses envolvidos e, mais tarde, um mandado de captura internacional contra o terceiro elemento.

Através da *Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizi per la Cooperazione Internazionale Di Polizia – del Ministero dell'interno*, chegou ao tribunal a informação que dois dos visados pelos mandados de captura haviam sido condenados, por sentença transitada em julgado, proferida em 01 de fevereiro de 1994, pelo tribunal de *Karlsruhe*, pela prática do crime de homicídio, na pessoa de EB, na pena de prisão de 5 anos e 6 meses, pena essa que já havia sido executada. Ambos encontravam-se, por isso, já em liberdade.

Nas audiências que tiveram lugar nos dias 6 e 10 de junho de 2011, no

tribunal de Milão, os defensores dos visados invocaram a prescrição dos crimes de incêndio agravado e sequestro, arguiram o *ne bis in idem* e a inaplicabilidade ao caso da norma italiana do art. 71. n.º 388 de 1993, por força do referido princípio, atenta a condenação já sofrida e cumprida, imposta pela justiça alemã.

2.2.2 A solução do tribunal

Na decisão proferida, o tribunal de Milão enquadrou o *ne bis in idem* à luz da legislação interna italiana salientando que, o art. 11.º do C.P.I prevê o princípio da territorialidade da lei penal italiana, enquanto exceção à aplicação do *ne bis in idem*, exceção que apenas é atenuada pela norma do art. 138.º daquele diploma, o qual, prevê a aplicação do princípio do desconto da pena estrangeira, na pena aplicada pela decisão italiana. Do ponto de vista estritamente interno, a lei processual italiana prevê ainda, no normativo do art. 649.º do C.P.P, o princípio da consunção da ação penal - *ne bis in idem sit action* e que constitui um princípio geral de direito que atravessa todo o ordenamento jurídico, em sintonia com as exigências de racionalidade e funcionalidade do sistema ³³³.

Após salientar a importância do *ne bis in idem* na ordem jurídica da UE e estabelecer uma ligação entre aquele e os princípios da confiança recíproca e do reconhecimento mútuo, o juiz italiano centrou-se no impacto da entrada em vigor, com carácter vinculativo, da CDFUE, na ordem jurídica da UE e na legislação italiana mais concretamente, sobre as disposições dos arts. 54.º e 55.º da CAAS e do art. 7.º da L. 30 settembre 1993, n.388.

O art. 7.º da L. 30 settembre 1993, n. 388 consubstancia a declaração efetuada pelo estado italiano relativamente à aplicação, na sua ordem jurídica,

³³³ A jurisprudência italiana tem interpretado, de forma ampla, a norma do art. 649.º do c.p.p de molde a acomodar as situações de litispendência “(...) che si sono espresse favorevolmente circa l’ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per la improponibilità dell’azione penale nelle ipotesi di litispendenza, non attraverso la diretta applicazione de la disposizione di cui all’art. 649 c.p.p, ma appunto in virtù di un principio più ampio - di cui tale norma è espressione - il quale, c he in assenza di un provvedimento irrevocabile, «rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell’ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l’impiego dei rimedi enucleabili dal sistema», vide G.I.P Trib. Milano, Sent. 2 Luglio 2011, in Giurisprudenza di Merito, Cassazione Penale, n.º11, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 3872

das exceções previstas no art. 55.º da CAAS. O mencionado art. 7.º permite “paralisar” a aplicação do *ne bis in idem* quando os fatos objeto da sentença estrangeira hajam sido cometidos, no todo ou em parte, em território italiano.

Para o tribunal italiano, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e as alterações por este introduzidas nos tratados da UE, inauguraram uma nova fase nas relações entre a UE e os ordenamentos nacionais, contribuindo para a formação de um verdadeiro e próprio “direito penal” da UE enquanto sistema completo de valores, normas e princípios de carácter supranacional, suscetível de influenciar o legislador nacional ³³⁴.

No capítulo subsequente, explicar-se-à a relação entre os normativos do arts. 50.º da CDFUE e 54.º da CAAS bem como a posição adotada.

3. O art. 50.º da CDFUE como matriz do *ne bis in idem* europeu

Em 1999, o Conselho Europeu de Colónia (impulsionado pela Alemanha) definiu as linhas gerais do documento que viria, mais tarde, a denominar-se CDFUE. A aprovação da CDFUE insere-se num contexto mais alargado de constitucionalização do processo de integração europeia e teve como objetivo não apenas o reforço dos direitos fundamentais mas a outorga de maior visibilidade a esses direitos ³³⁵.

A aprovação da CDFUE foi o resultado de uma convenção composta por 62 representantes de chefes de estado e de governo, pelo presidente da comissão europeia, do parlamento europeu e dos parlamentos nacionais. Também o TJUE, o Conselho da UE e representantes do TEDH foram admitidos na qualidade de observadores. Ao longo do processo, peritos independentes e membros de organizações não governamentais foram consultados e chamados a pronunciar-se sobre o conteúdo do documento.

³³⁴ Vide, a decisão referida p. 3880, § 4.

³³⁵ Vejam-se as Conclusões do Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de junho de 1999, vertidas no Anexo IV, “Decision on the drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union”.

O texto da convenção reafirma direitos pré-existentes e alarga o elenco a outros novos direitos como os relativos à protecção do ambiente, à bioética, à protecção de dados pessoais, entre outros. Inicialmente, a CDFUE não gozava de um estatuto jurídico vinculativo mas, por força do disposto no art. 6.º, n.º2 do TUE, na redação do Tratado de Lisboa, veio a ser integrada nos tratados com essa vinculatividade. A aprovação da CDFUE se, por um lado, supriu a ausência de um catálogo de direitos fundamentais nos Tratados, por outro, traduziu-se num acréscimo ao nível de protecção já garantido pela CEDH. O surgimento da CDFUE representou ainda o estabelecimento de um elo de ligação entre estas duas europas: a da UE e a do Conselho da Europa.

O campo de aplicação da CDFUE intersesta-se com o da CEDH porquanto, decorre do art. 51.º § 1º da CDFUE que aquela vincula os órgãos e as instituições da UE e os EM. Acresce que, tem sido entendimento da jurisprudência do TEDH (expressa nos acordãos *Cantoni c. França* de 15.11.1996 e *Matthews c. Royaume Uni*, de 18 de fevereiro de 1999) que, os Estados Contratantes são responsáveis, de acordo com os cânones da Convenção, pelos efeitos do direito da UE nas suas ordens jurídicas.

É, precisamente aqui, nestes segmentos de sobreposição, que decorre a necessidade de garantir uma leitura coerente dos normativos da CDFUE, da CEDH e da CAAS porquanto, quando os EM colocam em prática o direito europeu têm que observar os cânones da CEDH, respeitar os direitos fundamentais inscritos na CDFUE, os princípios gerais de direito e todo o acervo anterior (que inclui a CAAS).

Constata-se a existência de uma aproximação concetual entre a CDFUE e a CEDH, visível nas disposições materiais e nas disposições gerais da primeira (também apelidadas de disposições horizontais) e que é assumida, abertamente, no Preâmbulo e nas anotações aos artigos da Carta efetuadas pelo *Praesidium*. Dessas anotações decorre que, no tocante à aplicação do *ne bis in idem* no interior do mesmo estado membro o princípio tem o mesmo sentido e âmbito que o seu homólogo da CEDH. Na anotação ao art. 52.º da CDFUE esclarece-se

também que, o sentido e âmbito de aplicação dos direitos ali consagrados são determinados, não só pelos textos constantes da CEDH, como pela jurisprudência do TEDH. O legislador constituinte da CDFUE reconheceu a CEDH como *standard* mínimo obrigatório em matéria de direitos fundamentais e a jurisprudência do TEDH como baliza interpretativa dos seus normativos (posição que se encontra vertida nos arts. 52.º § 3 e 53.º da CDFUE).

No entanto, a importação axiológica e normativa da CEDH poderá causar antinomias no ordenamento jurídico da UE relacionadas com a autonomia da ordem jurídica da UE e dos fins (específicos) por esta prosseguidos. O princípio *ne bis in idem* ilustra algumas das tensões entre a ordem jurídica da UE e a ordem normativa da CEDH. Pese embora o conteúdo dos arts. 50.º da CDFUE e do art. 4º do P 7 anexo à CEDH ser idêntico, a posição do *Praesidium* aponta no sentido de estender o campo de aplicação do *ne bis in idem* constante da Carta às relações interestaduais, o que não sucede relativamente à CEDH. Nesta aquele normativo apenas se aplica à proibição da duplicação de procedimentos na esfera de jurisdição estadual.

Importa realçar que, o art. 50.º da CDFUE nunca poderia limitar o seu âmbito espacial de atuação ao contexto interno de um único estado membro porque a UE, ao criar uma área de liberdade, segurança e justiça, na qual, as decisões judiciais são reconhecidas de forma automática e sem necessidade de assegurar mecanismos prévios de *exequátur* criou, simultaneamente, uma jurisdição alargada ou um espaço “multijurisdicional” único.

A criação desse espaço plurinormativo inscreve-se, de forma expressa, no texto dos arts. 3.º do TUE e 4.º, n.º 2 al.j) e 67.º do TFUE, como uma das competências partilhadas entre os EM e a UE.

O art. 52.º, n.º1 da CDFUE aponta para uma restrição aos direitos contidos na CDFUE, ao abrigo dos princípios da legalidade, proporcionalidade e necessidade, de molde a garantir a prossecução de objetivos e interesses gerais da UE e atender à proteção dos direitos e liberdades de terceiros. É ainda, por via desse normativo, que se compatibilizam as exceções ao *ne bis in idem* previstas

na CAAS (como a condição de execução da 2ª parte do art. 54.º e a exceção de territorialidade ínsita no art. 55.º) com a letra e o espírito do art. 50.º da CDFUE.

Todavia, a ponderação que cumpre efetuar consiste em saber quais os “objetivos de interesse geral da UE” e que “direitos e liberdades de terceiros” justificam a manutenção da condição de execução e se estes não poderão ser assegurados através da operacionalidade de outros instrumentos.

Afigura-se-nos que, o que está verdadeiramente em causa nessas exceções e na manutenção da condição de execução é a proteção do reduto de estadualidade (que visa garantir a eficácia das sanções aplicadas pelo estado que proferiu o primeiro julgamento) e assegurar o respeito pelos direitos de eventuais vítimas dos delitos cometidos pelo cidadão que se subtraiu, voluntariamente, à ação da justiça.

A interpretação dos arts. 54.º e 55.º da CAAS deve ser efetuada em articulação com a CDFUE ponderando, designadamente, as circunstâncias históricas do seu surgimento, a importância axológica e o caráter vinculativo da sua aprovação enquanto direito constituinte da UE.

A CDFUE emerge num contexto de consolidação da união económica e monetária e de constitucionalização do projeto de integração europeia. Surge com o escopo de dotar a UE de um elenco de direitos fundamentais sem colidir com o acervo e o estatuto da CEDH, considerada o *standard* de referência em matéria de direitos humanos no espaço europeu.

Um dos objetivos dos impulsionadores deste documento prendeu-se, sobretudo, com a necessidade de outorgar maior visibilidade aos direitos fundamentais, tornando o seu conhecimento mais acessível ao cidadão:

“São defendidas diferentes opiniões a respeito de praticamente todas as normas sobre direitos fundamentais. (...) Isto é por si mesmo, em grande medida, motivo de preocupação, pois implica uma profunda insegurança e ambiguidade nas questões fundamentais do direito, mas tem que ser aceite em certas situações

De acordo com o objetivo traçado pela convenção que lhe deu origem, a CDFUE serviria, fundamentalmente, para reiterar direitos pré-existentes, salvaguardando o respeito pela CEDH, pela jurisprudência do TEDH e pelas tradições constitucionais dos EM sem, contudo, lhe ser outorgado, nessa fase inicial, qualquer estatuto vinculativo.

A redação final da Carta veio a ser apresentada na Conferência Intergovernamental de Nice, em dezembro de 2000. Após a entrada em vigor do TUE e do TFUE, na redação do Tratado de Lisboa, aquele instrumento passou a fazer parte integrante destes textos fundamentais e a assumir idêntico valor normativo. As suas origens históricas e a inserção sistemática conferem-lhe uma força *supra* legal e uma legitimidade que outros instrumentos (oriundos de sistemas estranhos à ontogenética da UE) não possuem. Essa força vinculativa estende-se às instituições, a todos os organismos e funcionários da UE bem como aos EM quando aplicam atos da UE.

Em nosso entendimento, o *ne bis in idem*, tal como consagrado na CDFUE, deve gozar do mesmo carácter intangível e absoluto que o seu homólogo art. 4.º P 7 anexo à CEDH. Esta intangibilidade e vocação *erga omnes* tornam incompatíveis a subsistência da condição de execução prevista na 2ª parte do art. 54.º da CAAS e do regime de exceções previsto no art. 55.º e ss do Acordo Schengen.

Com a aprovação e entrada em vigor da CDFUE, as normas da CAAS ficam circunscritas ao espaço Schengen e apenas serão aplicáveis às partes contratantes que não façam parte da UE. Todos os estados contratantes da CAAS que sejam, simultaneamente, membros da UE estão vinculados ao *ne bis in idem*, tal como consagrado no art. 50.º da CDFUE. Esta interpretação permite assegurar o nível de protecção máxima aos indivíduos no espaço da UE e resolver

³³⁶ Segmento extraído de uma sentença cível do Tribunal Federal Alemão (JZ 1954, 153), citada por KAUFMAN, A. in *Filosofia do Direito*, (trad.) António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian- Serviço de Educação e Bolsas, 3ª edição, 2009, p. 283.

contradições e antinomias que a geometria variável dos direitos fundamentais pré-carta evidenciava.

Além do mais, se buscarmos o fundamento axiológico daquele princípio na tutela da dignidade da pessoa humana, esta é a única interpretação que assegura a observância integral daquele princípio enquanto direito ou garantia absolutos. A condição de execução prevista na 2ª parte do art. 54.º, n.º1 da CAAS e as exceções de ordem pública ínsitas no art. 55.º do mesmo corpo normativo, não são compatíveis com a vocação *erga omnes* daquele direito e sacrificam a liberdade e a segurança individuais, em nome da manutenção de postulados soberanos que estão ultrapassados, face ao grau de desenvolvimento a que vimos assistindo no ELSJ.

Na UE as configurações típicas do *ne bis in idem* ultrapassam o *standard* mínimo garantido pela herança da CEDH assumindo contornos específicos, o que torna o art. 50.º da CDFUE especialmente vocacionado para vigorar como matriz do ELSJ.

Os direitos constantes da CDFUE são juridicamente vinculativos e encontram-se no topo da hierarquia normativa da UE, pelo que, os atos de direito derivado terão que se conformar com o conteúdo daqueles direitos. Quando a UE legisla em matérias relativas ao ELSJ está adstrita a fazê-lo no quadro de respeito e observância pelos direitos fundamentais, tal como garantidos pela CDFUE. O estatuto dos direitos fundamentais contemplados na Carta traduz-se, nomeadamente, na possibilidade de serem invocados, em sede de recurso de anulação e de reenvio prejudicial e também no quadro das relações entre particulares (trata-se do denominado efeito horizontal dos direitos fundamentais).

A propósito do papel da CDFUE na ordem jurídica da UE, o AG Ruiz Jarabo-Colomer, nas conclusões datadas de 12 de setembro de 2006, produzidas no caso *Advocaten Voor de Wereld*, C-303/2005, 03 de maio de 2007, salientava:

“(...) a Carta haverá de impor-se como ferramenta interpretativa de primeira ordem em defesa das garantias dos cidadãos que pertencem ao património dos E.M. O desafio deverá ser encarado com prudência, mas com

vigor, com a plena convicção de que, se a protecção dos direitos fundamentais reveste um carácter imprescindível no pilar comunitário, torna-se igualmente irrenunciável no terceiro pilar, capaz de incidir, pela natureza do seu conteúdo, no núcleo da liberdade pessoa, pressuposto das demais. Também o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, modifica o art. 6.º do TUE, adicionando-lhe: “ A União reconhece os direitos, liberdades e princípios enunciados na CDFUE de 07 de dezembro de 2000, tal como foi adoptada, a qual terá o mesmo valor jurídico que os tratados ³³⁷.”

Inicialmente, não foi esta a opção política seguida pelos EM, uma vez que, a força constituinte da CDFUE apenas se impôs com a aprovação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

A CDFUE, no momento em que foi outorgada, surgiu acompanhada de um documento anexo denominado: “Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais” e que foi produto, não da Convenção mas do *Praesidium*. Este documento, embora não possua estatuto vinculativo assumiu-se como auxiliar interpretativo, destinado a clarificar as disposições da Carta. Essas anotações constituíram uma cedência do Grupo de Trabalho II às pressões efetuadas pelo Reino Unido que pretendia assegurar que a CDFUE não acrescentasse mais direitos aos pré-existentes, no âmbito da UE e, dessa forma, potenciasses um alargamento das suas competências.

Não obstante, tal como decorre do próprio texto das Anotações, estas não possuem qualquer estatuto legal, pelo que, na opinião de Jonas Lisberg, não serão mais do que um *explanatory memorandum* que os tribunais poderão ou não levar

³³⁷ Tradução nossa do castelhano: ” (...) la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igualmente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás». También, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, modifica el artículo 6 UE, al que añade este párrafo: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados.”

em linha de conta, quando confrontados com outras fontes de interpretação ³³⁸.

Relativamente ao *ne bis in idem* as anotações esclarecem que este se aplica entre os órgãos jurisdicionais de vários EM porquanto tal já corresponde ao direito da UE e ao acervo de Schengen. Explicam ainda que, as restrições àquele princípio (presentes não só na CAAS como na Convenção PIF e no art. 10.º da Convenção relativa à Luta contra a Corrupção) mostram-se abrangidas pela cláusula horizontal de restrição do art. 52.º. Este artigo, dedicado ao âmbito e interpretação dos direitos e princípios da CDFUE prevê que, as restrições aos direitos e liberdades ali reconhecidas se façam em obediência à lei e ao conteúdo dos direitos, de acordo com os princípios de proporcionalidade e necessidade.

O n.º1 do art. 52.º da CDFUE contém uma cláusula que prevê, especificamente, a possibilidade dos direitos ali contemplados virem a ser objeto de restrições introduzidas por lei em obediência a um princípio de proporcionalidade, adequação e necessidade. Por seu turno, o *Praesidium* nas anotações àquele normativo explicita que, as exceções ao *ne bis in idem* previstas nos arts. 54.º a 58.º da CAAS, no art. 7.º da Convenção PIF e no art. 10.º da Convenção relativa à Luta contra a Corrupção encontram-se abrangidas pela cláusula horizontal do n.º1 do art. 52.º da CDFUE.

O poder de restrição dos direitos fundamentais outorgado ao legislador configura um poder juridicamente vinculado presumindo-se que o “legislador apenas está autorizado a restringir o conteúdo dos direitos para essas finalidades ³³⁹”. De acordo com a letra do art. 52.º, n.º1 da CDFUE essas finalidades são a prossecução de objetivos de interesse geral reconhecidos pela UE e /ou a necessidade da protecção de direitos ou liberdades de terceiros. Na perspectiva das teorias relativistas, o limite a estas restrições decorrerá da necessidade de assegurar a subsistência do direito restringido cujo núcleo essencial não pode ser atingido. Na doutrina portuguesa, Vieira de Andrade afirma que os direitos

³³⁸ LISBERG, J.B: "Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?", consultado no sítio www.jeanmonnet.workingpapers4/01, em 15.10.2010.

³³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C ob. cit. p. 282.

fundamentais (incluindo os direitos, liberdades e garantias) não são absolutos nem ilimitados³⁴⁰. Não obstante, o mesmo autor assinala que, a dignidade da pessoa humana (ou a ideia do homem como ser livre e digno) constitui um reduto intangível de qualquer restrição de direitos³⁴¹.

Entendemos que, no atual estado de desenvolvimento dos direitos fundamentais no ELSJ, a manutenção de restrições ao *ne bis in idem*, tal como previsto naquelas convenções, é contraditório com o *standard* de protecção que advém da CEDH, uma vez que nesta, o princípio é inderrogável. O próprio n.º 3 do art. 52.º dispõe que, na medida em que a Carta contenha direitos correspondentes aos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos da Convenção, sem prejuízo dos EM consagrarem uma protecção mais ampla. Também o art. 53.º da CDFUE procura assegurar um nível maximalista de protecção dos direitos fundamentais na UE. Por outro lado, resulta dos arts. 1.º e 2.º do Protocolo Relativo ao n.º 2 do art. 6.º do Tratado da União Europeia relativo à adesão da União à CEDH que, essa adesão deve incluir cláusulas de preservação das características próprias do direito da União, não deve afetar as competências da União nem as atribuições das suas instituições.

O reforço dos direitos fundamentais no espaço europeu resulta também do preâmbulo da CDFUE, do qual decorre que, por meio da Carta pretende-se “(...) reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.”

Uma das questões que se tem colocado, a propósito da interpretação do art. 53.º da CDFUE é a de saber se pode ser considerado uma ameaça à supremacia do direito europeu. Não subscrevemos esse entendimento porquanto, na nossa perspetiva, deste normativo decorre apenas que o TJUE (na sua tarefa de interpretação e aplicação das normas de direito europeu) deve seguir o nível mais elevado de protecção de molde a fazer subir a "protecção dos direitos".

Na doutrina europeia, Jonas Liisberg contraria a visão maximalista do art.

³⁴⁰ *Idem*, ob.p. 265.

³⁴¹ *Ibidem*, ob. cit .p. 287.

53.º da CDFUE. Para o autor, aquele normativo consubstancia apenas o afloramento de uma ideia geral de que os direitos fundamentais são um conceito aberto e em desenvolvimento. Para Liisberg, aquele normativo não contém qualquer indicação quanto à forma como as disposições sobre direitos fundamentais devem ser interpretados mas prevê apenas que estes não podem ser interpretados em termos mais restritivos do que os que já resultam dos demais instrumentos jurídicos. O autor assinala que, no Preâmbulo, a CDFUE reafirma direitos tal como resultam, em particular, das tradições constitucionais dos EM e dos acordos internacionais.

Partindo do primeiro argumento diremos que, os direitos fundamentais são uma realidade dinâmica. Nessa medida, têm que se adaptar à evolução do sistema normativo e institucional em que se inserem, designadamente, ao ELSJ. Esta visão atualista dos direitos fundamentais não prejudica a nossa asserção (antes a justifica), qual seja, a que o art. 50.º da CDFUE deve ser entendido como norma que revoga, tacitamente, as exceções constantes da CAAS e das Convenções PIF e da Luta contra a Corrupção.

O art. 50.º da CDFUE deve ser entendido como o referencial axiológico em matéria *ne bis in idem* na UE e nos instrumentos que vierem a ser aprovados no contexto do ELSJ (como é o caso do MDE). Como salienta, Sophie Bot :

“A questão da aplicação do princípio *ne bis in idem* é de tão grande importância que este constitui-se como o reconhecimento concreto do espaço penal europeu. Na aplicação deste princípio, a par do reconhecimento mútuo, a noção de territorialidade da decisão penal é ultrapassada, transcendida (...) ³⁴² ”

Se o objetivo do princípio do reconhecimento mútuo é a consolidação do ELSJ isso passará, necessariamente, pela manutenção de um nível ótimo de garantias subjetivas. Consequentemente, a persistência das exceções previstas na CAAS e em outros instrumentos normativos constitui uma manifestação da teoria

³⁴² Tradução nossa do francês : *La question de l'application du principe non bis in idem est d'autant plus importante que se principe constitue la reconnaissance concrète de l'espace pénal européen. En appliquant ce principe, à l'instar du principe de la reconnaissance mutuelle, la notion de territorialité de la décision pénale est dépassée, transcendée (...).* in BOT, S., : *Le Mandat d'Arrêt Européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p.381.

da *dual sovereignty*³⁴³ fragilizadora dos direitos fundamentais e potenciadora de clivagens entre o nível de protecção estadual e o da UE, quando o que se pretendeu (com a aprovação da CDFUE) foi a subida do nível de protecção dos direitos fundamentais em toda a UE.

O *ne bis in idem* constitui um dos corolários do princípio do reconhecimento mútuo e a consagração da eficácia externa da decisão judicial estrangeira numa lógica de superação da territorialidade estadual. Este princípio tem uma incidência particular nas garantias subjetivas dos cidadãos e constitui o ponto ótimo de equilíbrio entre a dimensão securitária e a garantia da liberdade individual no ELSJ, abrindo caminho à consolidação desta última vertente.

Não obstante, apesar dos impulsos legislativos e do importante contributo do Tratado de Lisboa, o ELSJ constitui uma área da integração europeia que apresenta um carácter dividido e fragmentário, pelo que, em matéria de cooperação penal, não é ainda possível divisar uma jurisdição penal europeia nem um verdadeiro sistema de justiça criminal europeu consolidado³⁴⁴. Acresce ainda que, por força dos princípios da subsidiariedade e da autonomia processual dos EM, a aplicação das normas da UE depende das configurações dos sistemas jurisdicionais dos EM³⁴⁵.

Uma das razões subjacentes a esta fragmentaridade reside na convivência pluralista de inúmeros normativos que dão, frequentemente, lugar a dúvidas interpretativas e a fenómenos de sobreposição, sendo um desses exemplos, as referidas normas dos arts. 50.º da CDFU e dos arts. 54.º e 55.º da CAAS.

Em nossa opinião, a protecção oferecida ao cidadão pelo art. 50.º da CDFUE, é imediata e totalmente independente da verificação de qualquer

³⁴³ Esta teoria traduz-se numa interpretação restritiva da V Emenda da Constituição Norte Americana atinente à *double jeopardy clause* e que, mais não é do que a possibilidade, reconhecida aos Estados Federados e ao Estado Federal Norte-Americano, de perseguir criminalmente o mesmo cidadão pelos mesmos factos, em nome da distinção entre aquelas duas entidades soberanas.

³⁴⁴ Este carácter dividido e fragmentário advém, nomeadamente, da previsão do mecanismo do freio de emergência, das cooperações reforçadas previstos no art. 82.º, nº 3 e do Protocolo Relativo aos Actos Adoptados, com base nos arts. V e VI do Tratado da União Europeia, anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

³⁴⁵ Em síntese, o Tratado de Lisboa aboliu a estrutura dos pilares, alargou a esfera jurisdicional do TJUE, uniformizou o procedimento decisório e unificou os instrumentos legislativos, sob a égide de uma gramática legal comum.

condição de execução da sanção. Por outro lado, o art. 50.º da CDFUE também não contempla quaisquer exceções à operacionalidade do princípio ao passo que, o art. 55.º da CAAS elenca três dessas exceções: a territorialidade, os interesses soberanos nacionais e a qualidade de funcionário do agente do delito.

Uma protecção efetiva dos cidadãos contra a dupla perseguição penal no ELSJ implica a nossa ver que, a norma do art. 50.º da CDFUE haja derogado as restrições e as exceções ao art. 54.º da CAAS.

À semelhança da sentença do tribunal de Milão, o Supremo Tribunal Grego, na decisão proferida no processo Núm. 1/2011 de 09.06.2011 entendeu que, o art. 50.º da CDFUE constitui uma disposição diretamente aplicável que não carece de qualquer harmonização e que as reservas formuladas pela República Helénica, no âmbito do art. 55.º da CAAS, foram revogadas pela entrada em vigor da CDFUE ³⁴⁶.

Cristoph Burchard e Dominik Brodowski apesar de não subscreverem a tese da revogação tácita da condição de execução e das exceções *ne bis in idem* contempladas na CAAS salientam que, o art. 50.º da CDFUE poderá ser lido de forma dinâmica, ou seja, como uma garantia dos arguidos/condenados a uma concreta execução de uma sentença anterior - “*the right to the enforcement of a prior sentence*”. Questionam aqueles autores se os arguidos/condenados não terão direito a ver reconhecido um princípio da coordenação prévia das investigações ou ações penais na UE, como forma de prevenir violações do *ne bis in idem* ³⁴⁷.

No entanto, como vimos não existe na UE um instrumento normativo que preveja um mecanismo vinculativo de escolha de jurisdição competente, enquanto expressão orgânico-institucional de um direito subjetivo à execução prévia de uma sentença. A ausência de um tal mecanismo potencia o fenómeno

³⁴⁶ Vide, neste sentido, VERVAELE, J.: *Ne Bis in idem: un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, consultada no sítio www.indret.com, em 01.03.2014, p. 26.

³⁴⁷ Vide, BURCHARD, C. e BRODOWSKY, D.: *The post Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 of the charter of fundamental rights and article 54 convention implementing the Shengen Agreement- case note on District Court Aachen Germany*, in NEJCL, Vol.1/2010/03, Intersentia, p. 310.

de múltiplas acções penais, relativas aos mesmos fatos e envolvendo a mesma pessoa pelo que, daí resulta a necessidade de um reforço da dimensão *erga omnes* do *ne bis in idem* europeu.

Constituindo o *ne bis in idem* um dos corolários do princípio do reconhecimento mútuo, na vertente da consagração da eficácia externa da decisão judicial estrangeira e da superação da territorialidade estadual, com incidência particular nas garantias subjetivas dos cidadãos, este constitui um ponto de equilíbrio entre a dimensão securitária e a garantia da liberdade individual, no contexto do ELSJ.

Por essa razão, para os juízes do TJUE e dos tribunais nacionais, a norma de referência europeia em matéria *ne bis in idem* deverá ser o art. 50.º da CDFUE que, em nossa opinião, revogou a condição de execução da 2ª parte do art. 54.º da CAAS e as exceções dos arts. 55.º e ss daquela convenção.

4. *Ne bis in idem* e Reconhecimento Mútuo

Na UE o *ne bis in idem* tem sido sempre associado ao princípio do reconhecimento mútuo. Na Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu, datada de 26 de julho de 2000, a Comissão Europeia reiterou que:

“(...) reconhecer um julgamento significa (...) tomá-lo em consideração. Um dos aspetos pertinentes é que o princípio *ne bis in idem* de acordo com o qual as pessoas que foram objeto de uma decisão que concerne a certos fatos e normas jurídicas, não poderão vir a ser objeto de decisões posteriores relativas ao mesmo caso³⁴⁸.”

A ligação entre os dois conceitos resultou das conclusões do Conselho Europeu de Tampere de 1999, nas quais, foi sublinhado que: “maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária

³⁴⁸ Tradução nossa do francês: “(...) reconnaître une jugement signifie (...) le prendre en compte. Un des aspects pertinents est le principe *ne bis in idem* selon lequel lorsque des personnes ont fait l’objet d’une décision en ce qui concerne certains faits et normes juridiques à appliquer, elles ne pourraient plus faire l’objet des décisions ultérieures sur la même affaire. In COM (2000), 495, p.9.

aproximação da legislação facilitariam a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais ³⁴⁹. Na sequência do Conselho Europeu de Tampere, ficou prevista a adoção de um elenco de vinte quatro medidas cujo objetivo era reforçar a confiança nos sistemas jurídicos dos EM, designadamente, através da aprovação de um conjunto uniforme de garantias processuais a favor de suspeitos e arguidos.

No âmbito do Programa de Medidas para a Implementação do Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões Criminais ³⁵⁰ constava a necessidade de garantir mecanismos de defesa dos cidadãos em processos criminais e a definição de um conjunto de regras mínimas para a aplicação do princípio *ne bis in idem*. Iniciou-se, desta forma, um processo de consultas que se traduziu na elaboração de um Livro Verde. Esta iniciativa partiu da constatação que, a liberdade de circulação de pessoas, no âmbito do ELSJ e o incremento da criminalidade transfronteiriça iriam conduzir à duplicação de procedimentos criminais.

No campo doutrinário, Lelieur-Fischer assinalou também que, o princípio do reconhecimento mútuo configura a “internacionalização” da *res judicata*, salientando porém que, a interligação entre *ne bis in idem* e caso julgado tem, de algum modo, dificultado a implementação daquele princípio. Para a autora, o caso julgado e o *ne bis in idem* apresentam conteúdo e fundamentos distintos, pelo que, não faria sentido insistir nessa relação: o *ne bis in idem* tutela a segurança e a liberdade individuais ao passo que, o caso julgado destina-se a garantir a credibilidade do exercício da função jurisdicional ³⁵¹.

A consagração do art. 54.º na CAAS e a sua ulterior integração no *acquis* da UE, obedeceu a uma dupla lógica de protecção dos direitos individuais e de

³⁴⁹ Ponto 33 das Conclusões de Tampere.

³⁵⁰ Publicado no JO 12, 15.01.2001.

³⁵¹ LELIEUR-FISCHER, J. in *Observations sur le livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Mars 2006, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, in : http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction, consultado em 09.06.2009.

confiança nas decisões judiciais que põe fim aos procedimentos penais ainda que proferidas por outras autoridades partes naquela convenção ³⁵².

A operacionalização do *ne bis in idem* no contexto da CAAS assenta, precisamente, neste princípio do reconhecimento mútuo, ou seja, os estados que sejam partes contratantes aceitam como válidos os julgamentos penais proferidos noutras partes contratantes ainda que tal implique um limite ao exercício da sua ação punitiva. Contudo, as disposições do art. 55.º da CAAS consagram um regime de exceções ao *ne bis in idem* que se traduzem, concomitantemente, numa limitação ao princípio do reconhecimento mútuo. Essas exceções derrogam a aplicação do *ne bis in idem* e consagram uma visão restritiva do reconhecimento mútuo porquanto (verificados os pressupostos nelas previstos) obstam a que os julgamentos penais proferidos noutras partes contratantes impeçam a prossecução penal contra o mesmo indivíduo, pelos mesmos fatos.

Nesta medida, pode afirmar-se que a condição de execução do art. 54.º em conjugação com o regime de exceções previsto no art. 55.º da CAAS, a subsistirem, consagram uma dimensão minimalista do princípio da confiança recíproca dado que, uma vez verificadas as condições ali previstas, o direito fundamental a não ser julgado e punido duas vezes, pelos mesmos fatos, não será aplicável.

A incorporação do acervo Schengen no bloco normativo da UE apesar de ter sido efetuado num quadro de salvaguarda da liberdade de circulação de pessoas (garantida pelos Tratados fundadores) e assente numa lógica de protecção da confiança entre autoridades judiciais e policiais nacionais, encontra-se submetido àquelas exceções.

Todavia, na sua versão maximalista, o princípio do reconhecimento mútuo assenta numa lógica de plena equivalência entre as decisões judiciais emanadas dos órgãos jurisdicionais nacionais e as proferidas por órgãos jurisdicionais de outros EM, ou seja, cada estado aceita (sem efetuar qualquer tipo de sindicância

³⁵² Neste sentido, vide AMBOS, K.: *Mutual Recognition versus Procedural guarantees? in Criminal Proceedings in the european union: essential safeguards*, Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, Editorial Lex Nova, 2008, p.25-38.

quanto aos seus aspectos formais e substanciais) as decisões estrangeiras, ainda que os resultados práticos sejam distintos daqueles a que o seu próprio ordenamento interno conduziria.

Não obstante, esta visão ampla do reconhecimento mútuo encontra algumas críticas emanadas, fundamentalmente, da doutrina alemã (na qual se destacam Schüneman e J. Vogel). Schüneman, na sequência da entrada em vigor da DQMDE, objeta à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal invocando que, a sua introdução nesta dimensão, consubstancia um verdadeiro «cavalo de Tróia» dado que, a UE não garante ainda um nível uniforme de protecção de direitos fundamentais (e de garantias processuais) em todos os EM. Esse *deficit* de tutela dos direitos e das garantias processuais possibilitaria a maximização da punibilidade em detrimento dos direitos das pessoas ³⁵³:

“O princípio do reconhecimento mútuo tem as suas origens e encontra a sua justificação na liberdade de circulação de mercadorias. A sua transposição para a área da justiça criminal conduz ao exercício de um poder punitivo *pan* europeu, baseado no predomínio dos estados com sistemas penais mais repressivos. Também destrói o equilíbrio estabelecido, nos diversos sistemas normativos nacionais, entre o poder para investigar e perseguir criminalmente e a garantia dos direitos individuais por outro.”

J. Vogel, pese embora se mostre favorável à implementação do princípio do reconhecimento mútuo enquanto suporte da integração penal europeia (ou europeização do direito penal) assinala que, tal deve ser realizado de forma gradual (atento o deficiente grau de harmonização penal e as diferenças legislativas entre EM) e as limitações impostas pela “ordem pública europeia”, constituída pela CEDH, a jurisprudência do TEDH e a CDFUE:

³⁵³ Tradução nossa do inglês: “The principle of mutual recognition finds its origins and justification in the free movement of goods. Its transposition onto the area of criminal justice leads to a pan European power of enforcement based upon the most punitive of criminal justice systems. It also destroys the balance established in the various national legal orders between the power of the state to investigate and prosecute on the one hand and the guarantee of individual rights on the other.” in <http://www.eu-strafrecht-ae.jura.lmu.de>, consultado em 02.05.2011.

“Consequentemente, a interpretação do *ne bis in idem* deve ser guiada pelo reconhecimento mútuo desde que tal otimize a certeza jurídica³⁵⁴.”

Vogel defende ainda que o elemento *idem* deve ser objeto de harmonização.

Porém, as iniciativas legislativas relacionadas com este princípio (e os debates que as acompanharam) foram-se desenvolvendo sob o prisma do “conflito de jurisdições”³⁵⁵. Em 2005, a Comissão Europeia encetou um processo de consulta aos EM (com o intuito de elaborar um Livro Verde sobre os conflitos de jurisdição e o princípio *ne bis in idem*) cujo enfoque era o estabelecimento de consensos entre os EM, com o intuito de definir regras preventivas de conflitos de jurisdição. Nesse documento, a Comissão assinalava que: “À medida que a criminalidade adquire uma dimensão internacional, a justiça penal da UE está cada vez mais confrontada com situações em que vários Estados – Membros têm competência para julgar o mesmo caso”. Foi, portanto, com o intuito de prevenir esses conflitos de competência e concentrar os processos numa única jurisdição que a Comissão encetou consultas entre os EM quanto a esta temática.

É de assinalar, no entanto que, a salvaguarda dos direitos dos arguidos/acusados em processos penais transfronteiriços era aflorado naquele contexto, de forma genérica e não constituía de *per si* o fundamento da intervenção institucional. A Comissão reiterava, inclusivamente, que a iniciativa visava concretizar as medidas previstas no ponto 3.3 do Programa de Haia, nos pontos 2.3, medidas 1 e 11 do Programa do Reconhecimento Mútuo, sendo que, o respetivo fundamento constituinte residia na disposição do art. 31.º, n.º1 als. c) e d) do TUE (na redação do Tratado de Nice).

Em 01 de Julho de 2009, sob a iniciativa da presidência Sueca da UE (e de 16 outros EM) foi apresentada uma proposta de decisão quadro (destinada a

³⁵⁴ Tradução nossa do inglês: “Therefore, the interpretation of *ne bis in idem* should be guided by the aim of the principle of mutual recognition as far as it optimizes legal certainty”, in VOGEL, J. *La prueba transnacional en el proceso penal: un marco para la teoría y praxis* in AA.VV “La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal”, Cizur Menor, 2006, p. 39 e ss.

³⁵⁵ Em 23.12.2005 foi apresentado, pela Comissão Europeia, em Bruxelas, o Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos procedimentos penais.

substituir a Convenção Europeia em matéria de transferência de procedimentos criminais de 1972 e os instrumentos jurídicos anteriores) e de cujo art. 1º, decorria que, o seu escopo fundamental era:

“(...) aumentar a eficiência dos procedimentos criminais e melhorar a administração da justiça no espaço de liberdade, segurança e justiça através do estabelecimento de regras comuns que facilitem a transferência de procedimentos criminais entre autoridades competentes dos EM, tendo em conta os interesses dos suspeitos e das vítimas ³⁵⁶”.

Os exemplos acima referidos denotam a subordinação do *ne bis in idem*, nos discursos político-institucionais da UE, aos interesses da cooperação judiciária interestadual e à boa administração da justiça, em detrimento de um discurso pró- direitos fundamentais.

No âmbito do ELSJ, o princípio *ne bis in idem* surge, em inúmeros instrumentos legislativos de reconhecimento mútuo, como uma causa de recusa (obrigatória ou facultativa) de cooperação judiciária. Na DQMDE (2002/584/JAI) o princípio manifesta-se nos arts. 3.º, n.º2 e 4º, n.º3, respetivamente, como causa de não execução obrigatória de cumprimento e motivo de recusa facultativa do pedido de cooperação judiciária ³⁵⁷. Também no art. 13.º, n.º1 al. a) da Decisão Quadro relativa à Obtenção de Meios de Prova em Processo Penal (2007/978/JHA) ³⁵⁸ é configurado como fundamento de recusa facultativa do pedido de cooperação judiciária.

De um ponto de vista doutrinário, a natureza jurídica do *ne bis in idem* é assinalada por Costa Ramos (reportando-se ao art. 54.º da CAAS) enquanto direito de defesa negativo (*Abwehrrecht*) e princípio objetivo de natureza estruturante: “(...) a natureza de garantia subjetiva material fundamental do *ne bis in idem* contida naquela disposição, permite a sua invocabilidade direta pelos

³⁵⁶ “(...) to increase efficiency in criminal proceedings and to improve the proper administration of justice within the area of freedom, security and justice by establishing common rules facilitating the transfer of criminal proceedings between competent authorities of the Member States, taking into account the legitimate interests of suspects and victims.”

³⁵⁷ Decisão- Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, publicada no JO de 18.07.2002.

³⁵⁸ Decisão- Quadro do Conselho de 18 de dezembro de 2008, publicada no JO de 30.12.2008.

indivíduos perante as autoridades nacionais dos EM, bem como a obrigatoriedade da sua apreciação e aplicação por essas autoridades, criando em termos processuais, um pressuposto processual negativo³⁵⁹.”

A mesma autora explica que, independentemente da conformação do direito processual pelo legislador ordinário, o cidadão pode invocar a garantia do *ne bis in idem* contra a ação punitiva múltipla. Nesta medida, será sempre salvaguardada a unidade da ação punitiva sobre os mesmos fatos, uma vez que, o referido princípio, impõe a lógica um fato um processo³⁶⁰.

No panorama doutrinário nacional, Damião da Cunha assinala a dupla dimensão do *ne bis in idem*, traduzida num fenómeno de tipo positivo, ou seja, de consunção da ação penal e, num efeito de tipo negativo, materializado na impossibilidade de um outro tribunal se pronunciar sobre matéria atinente aos mesmos fatos e impondo que este último se conforme com a primeira decisão.³⁶¹

As consequências práticas da aplicação do *ne bis in idem* (a preclusão da acção penal ulterior relativa à(s) mesma(s) pessoa(s) e ao(s) mesm(s) fato(s)) podem justificar, em certa medida, as reservas “políticas” respeitantes à criação de um corpo legislativo europeu próprio nesta matéria e a consequente “devolução” às autoridades judiciárias nacionais da responsabilidade da sua aplicação.

Em face do que acima ficou dito verifica-se, em nosso entendimento, que as manifestações do *ne bis in idem* europeu nos diversos instrumentos de reconhecimento mútuo encontram-se, aparentemente, submetidas aos objetivos imediatos de eficácia e rapidez da cooperação e da administração da justiça penal no ELSJ. Tal constatação leva-nos a questionar, até que ponto existe, no horizonte hermenêutico em que nos situamos (a realidade normativa e institucional da UE) uma continuidade discursiva e epistemológica entre o direito substantivo (nomeadamente, os direitos consagrados nos Tratados, na CDFUE e

³⁵⁹ COSTA RAMOS, V.ob.cit, p.211.

³⁶⁰ COSTA RAMOS, V., ob cit. p. 146.

³⁶¹ DAMIÃO DA CUNHA, J.M: *O caso julgado parcial - Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações da Universidade Católica Portuguesa, 2002, p.157 e ss.

na CEDH) e o direito adjetivo que se traduza numa efetiva exequibilidade daquele direito e garantia processual na União Europeia

4.1 *Ne bis in idem* e Mandado de Detenção Europeu

O MDE constitui um instrumento particularmente significativo do alcance e da implementação do princípio do reconhecimento mútuo no ELSJ ³⁶². Essa relevância resulta, não só da sua ampla utilização na cooperação policial e judiciária em matéria penal na UE como dos bons resultados que tem produzido ³⁶³. Efetivamente, de acordo com o acordo com o Relatório Anual da Eurojust, em 2010, foram registados 280 casos relacionados com MDE, que perfazem cerca de 20% da totalidade dos casos comunicados àquele organismo ³⁶⁴.

O MDE visou substituir os mecanismos de extradição, imprimindo-lhes celeridade e simplificação processual garantindo, simultaneamente, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Este instrumento ilustra também, no contexto da mudança de paradigma penal a que nos referimos na primeira parte deste trabalho, a despolitização dos procedimentos de extradição e a entrada em cena de novos atores institucionais – as autoridades judiciárias ³⁶⁵.

Não obstante estas transformações, o MDE não deixa de suscitar dúvidas relativas à interpretação das suas disposições. Ao operar num espaço alargado de inter-normatividade, convive com normativos estranhos à sua ontogenética

³⁶² Implementado pela Decisão- Quadro 2002/584/JAI do Conselho de 13 de junho de 2002.

³⁶³ No ano de 2005, foram emitidos cerca de 6900 mandados pelos 23 Estados –Membros que comunicaram dados sobre essa matéria. Nesse mesmo ano, mais de 1 770 pessoas procuradas foram detidas com base num mandado de detenção europeu. Esta informação foi extraída do Relatório da Comissão sobre a aplicação desde 2005 da Decisão Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os EM, documento COM (207) 407 final, constante da coletânea elaborada pelo Centro de Estudos Judiciários, no âmbito do ao Seminário ERA - “Entrega Internacional de Pessoas: uma visão intercontinental”, realizado em Lisboa entre os dias 6 - 7 de novembro de 2008.

³⁶⁴ O relatório respeitante ao ano de 2010, foi consultado no sítio http://www.eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2010/Annual_Report_2010_PT.pdf, em 26 de janeiro de 2012.

³⁶⁵ Neste sentido, RODRIGUES, A.: *O Mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º1, janeiro –março de 2003, Coimbra, Coimbra Editora, p. 36.

(providos de outros ordenamentos) e é aplicado por atores institucionais oriundos de distintas culturas jurídicas. Dir-se-à que, a operacionalização das disposições do MDE é suscetível de provocar elementos de “irritação” entre os sistemas jurídicos em convívio. Elementos que se prendem com a ausência de harmonização legislativa, em matéria de direitos e garantias processuais na UE e a subsistência, dentro do ELSJ, de diferentes sistemas jurídicos que manifestam distintos graus de proteção dos direitos e garantias dos cidadãos em processos criminais.

A dicotomia liberdade-segurança tem marcado a evolução do ELSJ, evolução que se tem feito sentir, fundamentalmente, no reforço da vertente repressiva, em detrimento das garantias processuais. Esta crítica ao modelo de desenvolvimento do ELSJ tem sido assinalada por diversos autores, entre os quais, Kai Ambos e Schünemann. O primeiro, qualifica de lamentável a situação do “Estado de Direito”³⁶⁶ na Europa integrada e o segundo, apelida o princípio do reconhecimento mútuo de “cavalo de tróia” :“ (...) com o qual as forças estaduais dos EM podem, de forma dissimulada, atravessar os muros jurídicos de protecção da liberdade cívica erguidos por outros estados ³⁶⁷.”

Importa, por isso, aquando da aplicação dos instrumentos do reconhecimento mútuo, como é o caso do MDE, não olvidar a estreita ligação que deve existir entre estes três elementos: *ne bis in idem*, reconhecimento mútuo e garantias de defesa.

A estreita ligação entre o reconhecimento mútuo e garantias de defesa decorre, aliás, do próprio texto da DQMDE, constituindo uma opção expressa do legislador europeu. Na verdade, se atentarmos no décimo segundo considerando do texto da DQMDE, constata-se que ali ficou consignado que a execução do

³⁶⁶ AMBOS, K. :*Mutual recognition versus procedural guarantees?* In M. De Hoyos Sancho (ed.) “Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards”, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 25-39.

³⁶⁷ Tradução nossa do castelhano: “ (...) con el que las fuerzas estatales de los EM se pueden escurrir con facilidade através de los muros jurídicos de protección de la libertad ciudadana levantados en otros Estados” in SCHÜNEMANN, B. *Peligros para el Estado de Derecho a través de la Europeización de la Administración de la Justicia Penal?* in (Armenta Deu,T, F. Gascón Inchausti e Cedenó Hernán, M. coord.) *El Derecho Procesal Penal en la Union Europea: Tendencias actuales Y Perspectivas de Futuro*, Colex, Madrid, p.19-36.

mandado de detenção europeu obedece aos direitos fundamentais, tal como reconhecidos no art. 6.º do TUE e previstos na CDFUE. O compromisso ou vinculação da UE com o respeito pelo acervo democrático, em matéria de direitos e liberdades fundamentais mostra-se, expressamente, vertido no art. 1º, n.º3 da DQMDE, do qual resulta que:

“3. A presente decisão quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art. 6.º do TUE.”

Nesta medida, o compromisso de respeito pelos direitos fundamentais constitui, não só uma obrigação decorrente dos tratados, como uma verdadeira condição de realização da cooperação judiciária e policial, em matéria penal, na UE, vinculativa para as autoridades nacionais.

A jurisprudência do TJUE em matéria de *ne bis in idem* constitui um arquétipo decisório garantístico. Esse arquétipo permite balizar, num determinado contexto sistémico (o do ELSJ), a aplicação do *ne bis in idem* e produzir *guidelines* interpretativas com vista à sua aplicação coerente e uniforme.

Apesar da génese jurisprudencial desse modelo, a sua base legal, à luz do Tratado de Lisboa, radica no art. 82.º, n.º 2 do TFUE, que assegura competências à UE para legislar, em matérias relacionadas com o processo penal, na medida em que: “(...) tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça (...)” “entre as quais, os direitos individuais em processo penal, tal como resulta da alínea b) do mencionado normativo.

O modelo deôntico construído pelo TJUE revela-se essencial a vários níveis, por um lado, credibiliza o processo de construção do ELSJ, restabelecendo a confiança nos procedimentos de cooperação entre os EM ao introduzir elementos de segurança e certeza jurídica na interpretação das normas e, por outro lado, reequilibra (em favor do cidadão) dois dos vetores mais importantes que marcam o processo de integração em matéria criminal, a Liberdade e a Segurança. Potencia, além do mais, a criação de um quadro

normativo e hermenêutico mais coerente que permite atenuar eventuais diferenças interpretativas, contribuindo para uma aplicação mais uniforme e consistente do direito europeu.

Todo o ELSJ é atravessado por uma lógica dicotômica (explicitada no artigo 67.º do título V do TFUE) traduzida na redação daquele normativo: “ (...) a UE envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade (...) ” num contexto de respeito pelos direitos fundamentais, pelos sistemas jurídicos e pelas tradições jurídicas dos EM.

Por outro lado, o art. 82º, n.º 2, § 3 do TFUE consagra ainda que, a iniciativa legislativa da UE, não preclude nem prejudica a manutenção de níveis mais elevados de proteção das pessoas que resultem dos normativos internos de cada país membro da UE.

No que concerne, especificamente ao MDE a consagração, no texto da decisão quadro, de diversas previsões que permitem obstar à concretização da entrega de pessoas (as causas de recusa obrigatória e facultativa da cooperação judiciária em matéria penal) aponta para a procura de um equilíbrio entre esta vertente – a da Segurança - e a da Liberdade e Justiça - traduzidas na manutenção de elevados níveis de proteção individual. Contudo, esta tarefa só é, efetivamente, realizada através da *praxis* judiciária.

Nesta medida, cabe às autoridades nacionais, seguindo a jurisprudência do TJUE interpretar e aplicar as causas de recusa da cooperação judiciária tendo em conta diversos fatores, designadamente, a defesa dos direitos individuais de suspeitos e arguidos, nos processos de cariz transnacional mas também, a salvaguarda dos interesses dos próprios estados na prossecução da ação penal.

4.2. O controlo *ne bis in idem* pelas autoridades do estado requerido

4.2.1 O controlo pelo juiz do estado de execução

A consagração no MDE de causas de recusa (facultativa e obrigatória) da cooperação judiciária e a vinculação das autoridades nacionais ao respeito pelos direitos fundamentais apontam para a existência de limites iminentes a uma conceção ampla do reconhecimento mútuo.

Na verdade, não estamos perante um princípio absoluto mas perante um elemento fundador e estruturante de um espaço normativo alargado e plural subordinado, todavia, ao império da lei (*rule of law*) e que encontra no *ne bis in idem* um dos seus limites, enquanto garantia de defesa do visado:

“O *ne bis in idem* extradicional - analogamente ao interno e internacional - é permeado por uma evidente matriz garantista, a fim de assegurar que, no âmbito da cooperação judiciária internacional, possa ser afastado o duplo procedimento³⁶⁸.”

Isto significa que, no sistema jurídico da UE, apesar das decisões de outros estados não se encontrarem sujeitas a procedimentos internos de revisão (em face da abolição dos mecanismos de *exequatur*) admite-se no ELSJ (numa lógica de otimização e de proporcionalidade), de acordo com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, um certo grau controlo sobre o respeito pelos direitos fundamentais e pelas garantias de defesa.

Cabe aos juízes dos tribunais nacionais assegurar, em primeira linha, o garantismo na UE, sem prejuízo do papel do TJUE na interpretação desses direitos e garantias fundamentais quando está em causa a aplicação do direito da UE, ao abrigo do disposto nos arts.19.º e 267.º do TFUE.

³⁶⁸ Tradução nossa do italiano: “Il *ne bis in idem* estradizionale - analogamente a quello interno ed internazionale - è permeato da un evidente matrice garantista, consistente nell’esigenza di scongiurare che i rapporti di cooperazioni giudiziaria internazionale possano essere impiegati per agevolare la celebrazione del “doppio processo”. In RANALDI, G. *Il procedimento di estradizione passiva*, Torino, Utet Giuridica, Wolters Kluwer, 2012, p.84.

A análise do *ne bis in idem*, no contexto do MDE levanta, pelo menos, três questões: a delimitação concetual dos seus elementos constituintes, a sua articulação com as normas de direito primário da UE e, por outro, a ponderação do papel dos órgãos jurisdicionais nacionais, na avaliação das garantias de defesa em geral e da tutela do *ne bis in idem* em particular, designadamente, os limites desse controlo.

A atuação do juiz nacional baliza-se em torno de quatro grandes princípios que orientam o raciocínio cognitivo-valorativo que este deverá efetuar, a saber:

- i. o princípio da confiança recíproca e da lealdade entre EM, decorrente dos arts. 10.º do TUE e 87.º do TFUE;
- ii. o princípio da tutela judicial efetiva;
- iii. o princípio do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos;
- iv. o princípio da interpretação conforme e do primado do direito europeu.

Ora, se é certo que, o juiz do estado requerido não pode efetuar uma apreciação de mérito sobre o conteúdo das sentenças ou das decisões das autoridades de outros EM que procedem à emissão do MDE, em nome da confiança recíproca, também não poderá deixar de exercer um controlo de legalidade e proporcionalidade, quando esteja em causa a apreciação das causas de recusa.

Todavia, o juiz nacional não pode deixar de levar em linha de conta que o *ne bis in idem*, para além de constituir um princípio geral estruturante da UE constitui, simultaneamente, uma das matrizes do modelo dêontico europeu em matéria de direitos de defesa, desempenhando um papel de legitimação garantista dos instrumentos do reconhecimento mútuo.

Acresce que se trata de um princípio – garantia que, por pressupor uma relação triangular entre o ordenamento europeu, o ordenamento do estado que efetua o pedido de entrega e o sistema jurídico do estado requerido, melhor ilustra a tensão entre os sistemas nacionais e o da UE.

Nesta medida, o juiz do estado requerido deve assegurar-se de que dispõe, no processo, de todos os elementos que lhe garantam uma decisão conscienciosa sobre o pedido formulado. Se entender que faltam documentos ou outras informações essenciais deverá contatar a autoridade judiciária emissora do MDE (ou diretamente, ou através do ponto de contacto nacional da Rede Judiciária Europeia) e solicitar-lhe o envio desses elementos, conforme lhe permite o art. 15.º n.º 2 da DQMDE.

No tocante ao conteúdo do juízo de legalidade, o tribunal nacional deve limitar-se a comparar a fatualidade que serve de base ao pedido de entrega e a constante da decisão que, alegadamente, fundamenta o *ne bis in idem*. Nessa ponderação, o tribunal não poderá sindicar as razões jurídicas que motivaram a decisão (nem questionar os seus fundamentos teóricos), uma vez que, o princípio do reconhecimento mútuo e a abolição do *exequatur* o impedem. No juízo que vier a formular, o tribunal nacional aplica o critério hermenêutico definido, jurisprudencialmente, pelo TJUE, nos vários acórdãos proferidos em matéria *ne bis in idem* (no tocante aos elementos *bis* e *idem* que o compõem) em obediência ao princípio da interpretação conforme e da prevalência do direito europeu sobre o direito nacional. Assim, o juiz requerido não aplica o sistema de valores do seu ordenamento interno mas, tão-somente, o quadro axiológico-normativo europeu considerando que se trata de uma questão de interpretação e aplicação do direito da UE.

O conhecimento do *ne bis in idem* processa-se em três etapas:

- i. análise dos elementos documentais que instruem o procedimento de entrega (com eventual pedido de esclarecimentos junto do visado e das autoridades do estado de emissão);
- ii. estudo comparativo entre a fatualidade que determinou o pedido de entrega e a constante da decisão que motivou o efeito *ne bis in idem*, à luz da jurisprudência do TJUE, através de um teste hermenêutico aos elementos constituintes do princípio com aplicação, ao caso, do modelo *ne bis in idem* europeu;

iii. decisão fundamentada quanto à entrega ou à recusa.

Philippe Prevel assinala que, o controlo a exercer pelas autoridades judiciais do estado de execução deve ser estritamente formal (ainda que diga respeito a direitos fundamentais):

“(…) um sistema assente na confiança mútua implica que a autoridade de execução não exerce qualquer controlo sobre o respeito pelos direitos fundamentais. porquanto este desenrola-se na ordem jurídica e de acordo com a lei do estado de emissão. Consequentemente, nenhum dos motivos de recusa de execução assenta especificamente sobre os direitos fundamentais (…) a manutenção de tal controlo está excluída do ponto de vista funcional ³⁶⁹.”

O autor salienta as dificuldades inerentes a uma eventual introdução de uma cláusula “genérica” de recusa de cooperação, com base numa violação de direitos fundamentais e que se prendem, sobretudo, com o carácter vago, impreciso e difuso desse conceito. Dificuldades que são reforçadas pelo fato desse controlo ter apenas por base as informações constantes do texto e do formulário do MDE e não contemplarem, obviamente, todo o acervo documental que consta do processo principal ³⁷⁰.

O juiz do estado requerido pode controlar *ex officio* a verificação do *ne bis in idem*?

Numa primeira análise, o sistema do MDE, parece fazer recair sobre o visado a prova da violação do *ne bis in idem*, por parte do estado emissor do mandado bem como a alegação e prova de que estão verificados os requisitos dessa causa de recusa ³⁷¹. Isto porque, a confiança mútua pressupõe que a questão

³⁶⁹ Tradução nossa do francês: “(…) un système reposant sur la confiance mutuelle implique que l’autorité de d’execution n’exerce pas de contrôle de respect des droits fondamentaux puisque celui-ci, le cas échéant, se déroulera dans l’ordre juridique et selon la loi de l’état d’émission. D’ailleurs, aucun motif de refus d’execution n’est spécifiquement centré sur les droits fondamentaux (…) le maintien de contrôles est exclu d’un point de vue fonctionnel.”, *Vide ob. cit.* p. 711.

³⁷⁰ Não obsta a esta visão, em nosso entendimento, o fato do art. 15.º da DQMDE permitir ao estado de execução solicitar esclarecimentos ao estado de emissão, uma vez que, estes esclarecimentos reportar-se-ão a aspetos complementares, específicos e pontuais, não permitindo uma “visão panorâmica” de todo o procedimento criminal que decorreu no estado de emissão.

³⁷¹ Veja-se, sobre esta temática, PEERS, S. “*Criminal Suspect’s Rights and EU Law*”, ERA FORUM, Vol. 5, number 4, 2007, pp. 520-532.

dos direitos fundamentais seja tratada junto da jurisdição de emissão, que constitui o *fórum* apropriado para esse efeito.

Além do mais, como se viu, a sindicância jurisdicional a exercer no estado execução é muito limitada bastando-se com a apreciação dos elementos e das informações constantes do próprio mandado ³⁷².

Na doutrina portuguesa, Anabela Miranda Rodrigues salienta que, o controlo a efetuar pelas autoridades judiciárias do estado de execução é genérico e meramente jurídico, no sentido em que estas ficam subordinadas à definição dos fatos pelo direito do estado de emissão e à consequente aceitação do seu sistema de valores. Refere a autora, neste contexto que, está em causa a passagem de um sistema de imperialismo de soberanias para um reconhecimento mútuo de soberanias limitadas ³⁷³.

Para Daniel Flore a operacionalização do *ne bis in idem* no MDE não exige uma investigação *ex officio*: “Se o princípio é invocado pela pessoa que é objeto do MDE e esta fornecer à autoridade judiciária de execução os elementos de informação necessários à apreciação de que o princípio se aplica no caso concreto, a autoridade judiciária deve retirar daí as devidas consequências ³⁷⁴”.

Contudo, apesar do entendimento maioritário fazer recair sobre o estado de emissão o controlo do respetivo efetivo pelos direitos de defesa do visado nos procedimentos de entrega e de, ao juiz do estado de execução, se mostrar vedada a apreciação do mérito dessa decisão, a verdade é que a independência do poder judicial e o fato dos juízes nacionais serem também juízes dos direitos fundamentais da UE não pode conduzir a decisões cegas nem automáticas.

Consequentemente, a decisão do tribunal do estado de execução não pode nem deve representar, pela automaticidade e celeridade que se lhe exige, uma violação dos direitos dos cidadãos. No que toca ao conhecimento da causa de

³⁷² Esta ideia é, aliás, corroborada e veiculada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português e encontra-se vertida no Acórdão de 25 de junho de 2009, proferido no âmbito do processo 1087/09.6YRLSB.S1, disponível no sítio www.dgsi.pt e consultado em 26.06.2013.

³⁷³ Vide, RODRIGUES, A. ob. cit. p. 42.

³⁷⁴ FLORE, D.: “*Le mandat d’arrêt européen : première mise en œuvre d’un nouveaux paradigme de la justice pénale européenne*”, *Journal des Tribunaux*, 121 année, n.º 6050, 13 avril, 2002, p. 273.

recusa *ne bis in idem* afigura-se-nos que, se o juiz do estado requerido verificar (a partir dos elementos documentais de que dispõe) que o cumprimento do pedido de entrega pode consubstanciar uma violação daquele princípio-garantia deve declará-lo, oficiosamente, no processo e recusar a entrega da pessoa, fundamentando a sua decisão.

Contudo, essa recusa de entrega deve sempre ter como pressuposto teórico e hermenêutico, a apreciação dos elementos enformadores do princípio, à luz do direito da UE e não, à luz do direito interno do estado requerido, ou seja, o modelo judiciário europeu estabelecido pelo TJUE nesta matéria constitui, simultaneamente, o limite e o fundamento de cognoscibilidade daquela causa de recusa, balizando a atividade jurisdicional dos tribunais nacionais.

De acordo com o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, impõe-se a consagração de um controlo de proporcionalidade da emissão do(s) MDE(s) dado que, existe um consenso geral sobre a necessidade de evitar o recurso à emissão daquele instrumento sempre que estejam em causa infrações de menor gravidade, a (curta) duração da pena ou a existência de uma abordagem menos onerosa para a pessoa procurada e para a autoridade de execução.³⁷⁵

Esse controlo de proporcionalidade deve ser efetuado, em primeira linha, pelo estado de emissão mas não tal prejudica a necessidade de ser também efetuado *ex officio*, pelas autoridades judiciárias do estado de execução, nomeadamente, quanto à verificação do *ne bis in idem*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português tem vindo a apontar, contudo, para um entendimento minimalista desse controlo de proporcionalidade e de respeito pelos direitos fundamentais a realizar pelo estado de execução. No Ac. STJ de 25.06.2009, relatado por Armindo Monteiro escreveu-se, a este propósito, o seguinte:

³⁷⁵ Vide, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e a Conselho sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados Membros, Bruxelas 11.4.2011, COM (2011), 175 final, consultado no sítio <http://eur-lex.europa.eu>, em 01.03.2014.

“III - (...) desde que uma decisão seja tomada por uma autoridade judiciária competente, à luz do direito interno do Estado Membro de onde procede, em conformidade com o direito desse Estado, essa decisão deve ter um efeito pleno e directo sobre o conjunto do território da União, o que significa que as autoridades do Estado onde a decisão deve ser executada devem causar-lhe o mínimo embaraço.”

A propósito do controlo da proporcionalidade relativo a um pedido de entrega formulado pelo Reino Unido, no âmbito do MDE, num outro acórdão do STJ, datado de 10.01.2013 e relatado pelo juiz Conselheiro Santos Carvalho escreveu-se que:

“IV- A recusa facultativa, à falta de critério legal expresso, deve impor (...) ao estado de execução uma acrescida ponderação dos interesses relevantes com o fim de avaliar da necessidade, da proporcionalidade e da adequação das finalidades da entrega tendo em conta os valores em conflito.

(...)

V- Contudo, não se pode ignorar que no MDE o princípio geral é o da confiança mútua e o da cooperação em matéria penal entre estados democráticos que partilham o mesmo espaço político e económico.”

As orientações atuais da Comissão (e que incluem uma emenda ao manual sobre o mandado de detenção em matéria de proporcionalidade³⁷⁶) apontam para uma maior exigência aos EM e, consequentemente, às autoridades judiciárias nacionais no cumprimento dos MDE's. Nessa medida, exige-se-lhes, em nossa opinião (tendo em conta o reconhecimento e a confiança recíprocas) um controlo da adequação, proporcionalidade e observância dos direitos fundamentais (também na vertente *ne bis in idem*).

³⁷⁶ Vide, Conselho 8436/2/10 COPEN, p.3.

4.2.2 O controlo *ne bis in idem* pelo Ministério Público do estado requerido: o caso português

O *ne bis in idem* surge, no art. 3.º, n.º 2 da DQMDE como motivo de não execução obrigatória de cumprimento do pedido de entrega e, no art. 4.º, n.º 3 da mencionada decisão quadro, enquanto motivo de não execução facultativa.

O art. 9.º da Diretiva sobre o direito à informação impõe aos estados um dever de ministrar formação aos juízes, polícias e magistrados do Ministério Público, no sentido de assegurar a sua plena aplicação. Consequentemente, se essas autoridades tiverem conhecimento da existência de um processo penal ou de uma condenação anterior (ou pendente) contra a mesma pessoa, respeitante aos mesmos fatos, susceptível de vir a configurar uma causa de recusa *ne bis in idem*, deverão fazer chegar essa informação ao processo, designadamente, dando conhecimento de tal fato à defesa do visado. Em nosso entendimento, qualquer uma destas causas de recusa pode ser invocada, oficiosamente, pelas autoridades judiciárias nacionais do estado de execução ou, pelo próprio visado, em sede de oposição à entrega.

Estas causas de recusa foram transpostas para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 65/2003 de 23 de agosto encontrando-se previstas nos arts. 11.º al. b) e 12.º, n.º 1 als. b) e c). Dispõe o art. 21.º da lei portuguesa de transposição que, a pessoa procurada pode não consentir na sua entrega ao estado membro de emissão com fundamento em erro na identidade do detido ou, na existência de causa de recusa de execução do mandado de detenção europeu³⁷⁷.

A efetivação do direito de defesa (quanto à sua recusa em ser entregue ao estado de emissão, com fundamento numa das causas previstas no texto legal, designadamente, por via do *ne bis in idem*) e a sua materialização numa vontade

³⁷⁷ No AC. TRL, datado de 31.10.2006, relatado por Agostinho Torres, no âmbito do processo n.º 9297/2006.5 escreveu-se, a este propósito, o seguinte: “Nessa medida, a oposição e os meios de prova devem ser apresentados no decurso da diligência de audição do detido sem prejuízo do tribunal fixar, por despacho irrecorrível, prazo para a preparação da defesa ou apresentação dos meios de prova tendo em conta a necessidade de se cumprirem os prazos estabelecidos no art. 26.º”, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/03a3ad9f6ec8a77d8>, em 11.06.2010.

livre e esclarecida, depende da possibilidade que for dada ao suspeito/acusado de ter conhecimento do conteúdo da queixa ou da acusação contra si formulada, bem como, da existência de outros processos penais pendentes contra si ou de decisões já, entretanto, proferidas noutro EM ³⁷⁸.

Da conjugação dos mencionados normativos afigura-se-nos que, recai sobre as autoridades judiciais e policiais nacionais um dever de boa-fé e lealdade processuais manifestado não só na obrigatoriedade de facultar à defesa o acesso ao processo e à informação dele constante como o de trazer ao processo todos os fatos juridicamente relevantes para a definição do estatuto processual do visado e que sejam essenciais à decisão sobre o pedido de entrega (ponderadas, devidamente, as exigências decorrentes do regime do segredo de justiça).

No ordenamento jurídico português, o Ministério Público³⁷⁹ de acordo com o art. 219.º da CRP e o art. 1.º do EMP: "(...) defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei."

De acordo com as prerrogativas de defesa da legalidade que, estatutariamente, lhe incumbem, ao magistrado do MP cabe efetuar um controlo de legalidade estrita do cumprimento do MDE. Através desse controlo (e porque lhe incumbe emitir parecer acerca da viabilidade da sua execução) deverá certificar-se da eventual verificação de causas de recusa facultativa e/ou obrigatória(s) do mandado, entre as quais, o *ne bis in idem*. Não se trata, porém, de avaliar a oportunidade ou a legalidade da decisão que determinou a emissão do MDE mas antes, de acordo com os elementos processuais disponíveis,

³⁷⁸ Esta situação colocar-se-à, com maior acuidade, nos casos em que haja sido proferida uma decisão à revelia do visado, nomeadamente, nos julgamentos na ausência.

³⁷⁹ Vide, o Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86 de 15/10, republicado pela Lei n.º 60/98 de 27/08, e alterado pelas leis n.ºs 42/2005, de 29 de agosto, 67/2007 de 31/12, 52/2008 de 28/08, 37/2009 de 20 de junho, 55-A/2010 de 31/12 e 09/2011 de 12 de abril, consultado em 15.01.2014, no sítio www.pgr.pt.

aquilatar da existência de uma decisão definitiva, relativa aos mesmos fatos e ao mesmo cidadão.

Essa ponderação deverá ser efectuada à luz da jurisprudência do TJUE e dos critérios hermenêuticos europeus construídos por aquele órgão jurisdicional. Para o efeito, o magistrado deverá de mote próprio (ou mediante requerimento dirigido ao juiz titular do processo) pesquisar, oficiosamente, a existência de procedimentos criminais prévios ou simultâneos envolvendo o mesmo suspeito e os mesmos fatos, quer no registo criminal nacional, quer no registo europeu de sanções penais solicitando, caso necessário, a intervenção do membro nacional junto da Eurojust, a fim de lhe serem prestadas as informações necessárias.

A partir dos elementos obtidos e, tendo por base, a forma como o TJUE interpreta os elementos *bis* e *idem*, caber-lhe-à tomar posição, junto do juiz, quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de entrega.

Todavia a atuação do Ministério Público e do juiz do estado requerido não podem, em caso, algum violar o espírito do reconhecimento e da confiança mútuas. O que significa que, a apreciação limita-se aos fatos descritos no MDE e à sua comparação com a decisão suscetível de provocar a verificação da causa de recusa obrigatória ou facultativa da entrega. Está-lhes vedada a apreciação do mérito da decisão estrangeira (que vale, internamente, por força da abolição do *exequatur*) ou a imposição, na apreciação da verificação das causas de recusa facultativa ou obrigatória de cooperação, do modelo de estadualidade nacional.

4.3 A jurisprudência *Mantello* do TJUE

4.3.1 Enquadramento fáctico:

A verificação e a aplicação prática das causas de recusa de entrega, em sede de DQMDE, torna essencial uma revisão crítica do *case law* europeu, a fim de serem traçados os contornos científicos do modelo deontico europeu de

garantias de defesa e, simultaneamente, identificar em que termos esse modelo se manifesta nas decisões dos órgãos jurisdicionais.

Por esses motivos, analisar-se-à de que forma se configura o *ne bis in idem* neste contexto específico, através do acórdão *Mantello* do TJUE, proferido no âmbito do processo C-261/09, em 16 de novembro de 2010³⁸⁰, em sede de reenvio prejudicial, e as conclusões do AG Yves Bot, apresentadas ao tribunal em 07 de setembro de 2010.

A importância deste acórdão reside no fato de se tratar da primeira decisão do órgão jurisdicional europeu sobre o alcance do princípio *ne bis in idem* no âmbito do MDE. Como, aliás, se verifica em todos acórdãos proferidos em sede de reenvio prejudicial, a interpretação nele firmada adquire eficácia *erga omnes* no seio da UE, vinculando todos os órgãos jurisdicionais nacionais quando aplicam essas normas.

Destarte, aquela decisão contribuiu para uma interpretação e aplicação uniformes do princípio *ne bis in idem* na UE, possibilitando um tratamento igualitário dos cidadãos sujeitos a duplos procedimentos penais, minimizando as consequências da deficiente harmonização das legislações penais e processuais penais no ELSJ.

A análise do caso *Mantello* será efetuada em duas etapas, em primeiro lugar, será traçado o panorama fático e identificadas as questões prejudiciais suscitadas ao TJUE, num segundo momento, serão analisadas criticamente as alegações do AG Ives de Bott e a decisão do tribunal.

Por sentença proferida a 30 de novembro de 2005 pelo Tribunal de Catânia, *Gaetano Mantello* foi condenado a uma pena de prisão de 3 anos, 6 meses e 20 dias bem como ao pagamento de uma multa de 13 000 euros por ter sido encontrada na sua posse, no dia 13 de setembro de 2005, cocaína para revenda. Esta sentença foi confirmada pela *Corte d'Appello de Catânia*, por acórdão de 18 de abril de 2006.

³⁸⁰ O texto do Acórdão pode ser consultado no sítio <http://curia.eu.int>.

No entanto, no período compreendido entre janeiro de 2004 e novembro de 2005, as autoridades italianas haviam realizado uma investigação a uma rede que se dedicava ao tráfico de droga na região de Vittoria, noutras cidades italianas e na Alemanha. No âmbito dessa investigação foi apurado que, o cidadão italiano *Gaetano Mantello* desempenhava o papel de «correio» e de intermediário encontrando-se, por vezes, também envolvido no abastecimento de cocaína e na sua venda.

Em 07 de novembro de 2008, o tribunal italiano emitiu um mandado de detenção europeu, com vista à detenção e entrega do referido cidadão afim deste vir a responder num processo crime pela participação na rede que se dedicava ao tráfico de droga (e que envolvia, pelo menos, mais dez pessoas). Constava ainda do MDE que, *G. Mantello* desempenhava o papel de correio e de intermediário nas vendas efetuadas por aquela organização.

A *Generalstaatsanwaltschaft* de Estugarda ordenou a detenção de *Gaetano Mantello* e a sua apresentação ao *Amstgericht* de Estugarda. Em sede de interrogatório, o detido opôs-se à entrega às autoridades italianas e invocou o princípio da especialidade. Por iniciativa da *Generalstaatsanwaltschaft*, o *Oberlandesgericht* solicitou às autoridades de emissão a remessa de mais documentos a fim de avaliar se o trânsito em julgado da sentença do tribunal de Catânia obstava ou não ao cumprimento do MDE.

De acordo com as autoridades italianas, a sentença de 30 de novembro de 2005 não prejudicava os procedimentos referidos no MDE por não se tratar de um caso relevante para efeitos de *ne bis in idem* e reiterava o pedido de cumprimento do MDE.

Não obstante, o tribunal alemão suspendeu o cumprimento do mandado de detenção e nomeou um defensor a *G. Mantello*. Na sequência deste pedido, o *Oberlandsgericht* decidiu suscitar, junto do TJUE, um pedido de reenvio prejudicial.

As dúvidas do tribunal alemão prendiam-se com o fato de, no momento do inquérito que conduziu à condenação de *G. Mantello* por posse de doses de

cocaína com vista à sua comercialização, os investigadores disporem já de provas suficientes para o acusar e contra ele exercer ação penal pelos fatos (agora) imputados no MDE, nomeadamente, associação organizada para o tráfico de droga. Contudo, optaram por não o fazer no momento do inquérito (para não prejudicar a investigação em curso e poderem deter outras pessoas) não tendo transmitido ao juiz de instrução essas provas nem dado início à correspondente ação penal.

De acordo com o órgão jurisdicional do reenvio, no direito alemão, um delito de associação pode dar origem a futura ação penal *a posteriori* se, a acusação e o inquérito anteriores apenas tiverem tido por objeto atos isolados do membro da associação e, por outro, o acusado não tiver adquirido a confiança legítima de que o processo anterior englobava todos os atos praticados no quadro da associação.

Nesta medida, o órgão do reenvio entendia que era necessário que, à data da decisão judicial sobre o fato isolado, os responsáveis pelo inquérito ignorassem a existência de outros delitos individuais e de um delito de associação, o que não parecia ser o caso.

Assim, sendo, o Tribunal de Estugarda formulou o pedido de apreciação da questão prejudicial, nos seguintes termos:

- i. o conceito de «mesmos fatos» ínsito no art. 3.º, n.º 2 da DQMDE pode ser interpretado por referência ao direito do estado membro de emissão, ao estado membro de execução ou deve ser objeto de uma interpretação autónoma?
- ii. esse conceito aplica-se aos casos, como o dos autos, que envolvem importação ilícita de estupefacientes e participação em associação criminosa, e em que os investigadores (quando a pessoa condenada foi procurada por um fato isolado de detenção de estupefacientes) dispunham de provas da sua participação num tráfico mais vasto, mas abstiveram-se, no interesse da investigação, de dar início à ação penal, com base nesses elementos?³⁸¹

³⁸¹ Sobre esta tema vejam-se, entre outros, COSTA RAMOS, V. : *Ne bis in idem e Mandado de Detenção Europeu: Comentário ao caso Gaetano Mantello (Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.11.2010,*

4.3.2 As conclusões do AG

As conclusões apresentadas ao TJUE pelo AG Ives Bot seguem três linhas narrativas: em primeiro lugar, efetua a caracterização do MDE enquanto instrumento do reconhecimento mútuo, em segundo, analisa as disposições da DQMDE (arts. 3.º, n.º 2 e 4.º, n.ºs 3 e 5) à luz do princípio *ne bis in idem* e dos seus elementos enformadores (o *bis* e o *idem*) e, finalmente, equaciona a aplicação nesta sede, da jurisprudência CAAS.

Subjacente aos argumentos, quer do AG quer do Tribunal, encontram-se dois aspetos importantes: por um lado, até que ponto o princípio do reconhecimento mútuo tolera um controlo jurisdicional de direitos fundamentais pelas autoridades do estado de execução e, por outro, se a interpretação do princípio *ne bis in idem*, neste contexto, pode ser semelhante à que resultava da jurisprudência já formulada, pelo TJUE, ao abrigo do art. 54.º da CAAS.

O AG assinalou que, a decisão quadro teve como objetivo a supressão do procedimento formal de extradição entre os EM, substituindo-o por um sistema de entrega direta entre autoridades judiciárias permitindo-se, assim, a instituição de uma «livre circulação de decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré sentencial como nas já transitadas em julgado». Contudo, o facilitar dos procedimentos formais de detenção e entrega de pessoas a autoridades judiciárias estrangeiras, para fins de perseguição penal, não pode representar um retrocesso na proteção dos direitos fundamentais desses cidadãos. Por esta razão, as autoridades de execução estão vinculadas a um dever de legalidade de controlo da observância dos direitos fundamentais. Isto porque se, por um lado, as autoridades de execução não podem (por força do reconhecimento mútuo e do princípio da confiança a este subjacente) sindicar o conteúdo das decisões dos

processo n.º C-261/09) In Revista do Ministério Público, n.º 127, julho-setembro 2011, pp. 271-325 e ainda LINGETTI, K. *Judicial Control in the system of mutual recognition - the ECJ's judgement in Mantello*, In KritV-Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 4, 2010, Nomos, Baden-Baden, pp. 380 - 390.

órgãos jurisdicionais dos EM, a verdade é que se dispuserem de informações que comprovem a violação de direitos fundamentais dos cidadãos, no âmbito da execução ou do pedido de execução do MDE, podem recusar o pedido de cooperação judiciária.

O AG salientou que se optou por não consagrar, na decisão quadro, nenhuma cláusula geral de recusa do pedido de cooperação, com base na violação dos direitos fundamentais, tendo sido antes introduzido um catálogo vinculativo de fundamentos de recusa obrigatória e facultativa, em nome da certeza e da segurança jurídicas ³⁸².

Foi esta a posição institucional veiculada pelos organismos europeus, designadamente, a Comissão e o Conselho. No Relatório da Comissão Europeia de 23 de fevereiro de 2005 relativo ao Mandado de Detenção Europeu aquele órgão sublinhou que a recusa de cumprimento de um MDE, com base nesses fundamentos (violação de direitos fundamentais e/ou discriminação) apenas deve ser invocada em “circunstâncias excecionais”.

Mais adiante, nesse relatório, a Comissão defendeu que: “(...) contrariamente ao que alguns estados membros fizeram, o Conselho não tencionava fazer da cláusula geral do respeito pelos direitos humanos um motivo de recusa, no caso de violação. Uma autoridade judicial está, obviamente, sempre legitimada a recusar a execução de um mandado de detenção se entender que os procedimentos mostram-se afetados por uma violação do artigo 6.º do Tratado da UE e dos princípios constitucionais comuns aos Estados Membros. Contudo, num sistema baseado na confiança mútua, essa situação deve permanecer excecional ³⁸³.”

³⁸² Todavia, alguns EM optaram, aquando da transposição da decisão quadro, por introduzir nas suas leis internas, motivos de recusa de cooperação baseados na violação de direitos fundamentais e na discriminação, conforme resulta do Report from the Commission based on article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender procedures between Member States, COM (2005) 63 final, disponibilizado no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:EN:PDF>, consultado em 31 de janeiro de 2013.

³⁸³ Tradução nossa do inglês: “(...) contrary to what some Member States have done, the Council did not intend to make the general condition of respect for fundamental rights a ground for refusal in the event of infringement. A judicial authority is, of course, always entitled to refuse to execute an arrest warrant, if it

O AG assinalou que, o art. 3.º, n.º 2 da DQMDE constitui uma manifestação do princípio *ne bis in idem*, emanado do estado de direito democrático e traduz-se numa limitação ao direito punitivo do estado, em nome da defesa da liberdade e da segurança jurídica do indivíduo³⁸⁴. Para o AG, as razões de ordem axiológica que fundamentam a existência daquele princípio (designadamente, as exigências de equidade e de segurança) também se aplicam *mutatis mutandis*, no contexto da UE, sendo o produto da humanização do direito penal. Invocou ainda que, o mencionado princípio tem expressão nos instrumentos normativos do direito da UE, sobretudo, na CAAS arts. 54º e ss e no art. 50º da CDFUE, aplicando-se no âmbito das relações interestaduais. Realça também a existência de um património europeu ou de um *acquis* em matéria *ne bis in idem* da responsabilidade do TJUE, uma vez que, todo o processo de densificação dos elementos *bis* e *idem* tem cabido ao órgão jurisdicional da UE, a propósito da interpretação do art. 54.º da CAAS. Nas conclusões, o AG defendeu que o conceito de «mesmos fatos» contido no art. 3.º, n.º 2 da DQMDE deve ser interpretado de maneira uniforme em todo o espaço geográfico da UE e, como tal, a jurisprudência formulada no contexto do art. 54º da CAAS pode e deve ser transposta para esta sede. Estabeleceu assim uma estreita ligação (de tipo vertical) entre as normas do direito primário e as normas do direito secundário da UE para concluir que, o elemento *idem* deve ser objeto de uma formulação autónoma e não ter por base conceitos de direito nacional (advenham estes do direito do estado de emissão ou do estado de execução do MDE).

finds that the proceedings have been vitiated by infringement of article 6 of the Treaty on European Union and the constitutional principles common to the Member States. However, in a system based on mutual trust, such a situation should remain exceptional.”, In ponto 2.2.3 do texto daquele relatório, p. 6.

³⁸⁴ O art. 3.º, n.º 2 da DQMDE dispõe sobre os fundamentos obrigatórios de recusa, nos seguintes moldes: “A autoridade judiciária de execução recusa a execução de um mandado de detenção europeu nos seguintes casos:

1. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos fatos por um Estado Membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja atualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado Membro de condenação.”

As consequências jurídicas que resultam para um indivíduo visado num MDE no tocante à eventual violação do princípio *ne bis in idem* não se prendem com o direito interno, antes configuram uma questão de aplicação do direito europeu: “Ao prever que o princípio *ne bis in idem* constitui um motivo de não execução obrigatória e não apenas um obstáculo a um processo no estado membro de emissão, o legislador da UE, tomou em consideração e procurou prevenir os efeitos prejudiciais às liberdades individuais que a execução de um mandado de detenção europeu em violação desse princípio produziria ³⁸⁵.”

Contudo, o AG explicitou que o papel da autoridade de execução não se reconduz a um controlo do respeito pelo *ne bis in idem* no estado de emissão mas antes a uma “fiscalização” do respeito do princípio enunciado nessa disposição da DQMDE, tal como é definido pelo TJUE e com base nas informações constantes do mandado.

Nesta medida, afastou-se da posição subscrita no processo pelo representante do Reino Unido que defendia que a apreciação do conceito de «mesmos fatos» prevista no art. 3.º, n.º 2 da DQMDE deveria ser efetuada à luz do ordenamento jurídico do estado de execução.

O Reino Unido entendia que aquele normativo deveria ser equiparado aos demais motivos de não execução previstos nesse artigo e que remetem para o direito interno do estado de execução ³⁸⁶. Advogou também que, a avaliação do grau de sobreposição entre os fatos relevantes e a questão de saber se, à data em que apenas parte deles foi objeto de ação penal constituía um “abuso do processo” ou uma violação dos direitos de defesa, recaía no âmbito da lei penal de cada estado membro. Invocou ainda que, a norma do art. 3.º, n.º 2 da DQMDE aplica-se quando o princípio *ne bis in idem* tem um alcance mais amplo no estado de execução do que no estado de emissão.

Outros países que efetuaram alegações no processo defenderam, numa visão ainda mais restritiva do *ne bis in idem*, que o artigo 3.º, n.º 2 da DQMDE

³⁸⁵ Vide, ponto 89 das conclusões do AG.

³⁸⁶ Vide ponto 101 das conclusões do AG.

deveria ser apenas aplicado às situações em que a pessoa visada pelo MDE já fora “definitivamente julgada” noutra EM que não a da emissão³⁸⁷. De acordo com este entendimento, caberia apenas ao estado de emissão verificar se a pessoa em causa já fora ou não definitivamente julgada no seu ordenamento, pelos mesmos fatos, pelo que, tal “sindicância” vincularia o estado de execução. Para estes EM, as autoridades de emissão são as que “ (...) estão melhor colocadas para confirmar que a pessoa contra quem o mandado europeu foi emitido não foi já alvo de sentença condenatória no seu Estado pelos mesmos fatos³⁸⁸”.

O AG afastou-se daquelas posições³⁸⁹. E fê-lo invocando que, o respeito pelo princípio *ne bis in idem* deve ser assegurado quer pelas autoridades judiciárias de emissão, quer pelas autoridades judiciárias de execução. O AG relembrou ainda que, o carácter de direito fundamental do *ne bis in idem* e o compromisso de respeito dos direitos fundamentais que advém, para as autoridades nacionais aquando da aplicação dos normativos do MDE implicam, necessariamente, um controlo (por parte do estado de execução) da verificação desse motivo de recusa obrigatória, independentemente, do estado de origem dessa decisão. Todavia, esse controlo é efetuado a partir dos elementos disponíveis no formulário do mandado e, eventualmente, corroborados por outros elementos pedidos às autoridades de emissão se houver, em face dos elementos disponíveis, fundadas razões para crer que a pessoa em causa possa já ter sido julgada pelos mesmos fatos.

Nesta perspetiva, não se tratava de uma investigação que coubesse ao estado de execução efectuar *ex officio* mas, sobretudo, de um controlo limitado pelo princípio da confiança recíproca.

Em resposta à posição do Reino Unido, Ives Bot salienta que, ao contrário do sucedido nos números 1 e 3 do art. 3.º, o seu n.º 2 não remete o intérprete para o direito interno do estado membro de execução, mas apenas para o ordenamento

³⁸⁷ Foi esta a posição subscrita pela República Checa, Espanha, França, Itália, Holanda e Polónia.

³⁸⁸ Vide o ponto 72) das conclusões do AG.

³⁸⁹ Subscritas pelo Reino Unido e por outros estados como a República Checa, Espanha, França, Itália, Holanda e Polónia.

interno do estado membro de emissão e, somente, no que respeita ao conceito de “definitividade”. Ou seja, o carácter “definitivo” da decisão é aferido apenas pelo ordenamento interno do estado onde foi proferida essa decisão (uma vez que, não existe qualquer normativo de direito europeu que haja definido e interpretado este conceito).

No que concerne aos “mesmos fatos”, o AG defendeu que devem ser objeto de uma interpretação autónoma, independentemente dos conceitos vigentes no estado de emissão ou no estado de execução. Para esse efeito, invocou a jurisprudência assente do TJUE no que toca à interpretação de conceitos de direito da UE que não remetam para disposições de direito interno, dado que, tais conceitos devem ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme em conformidade com os objetivos e as características específicas do ordenamento europeu ³⁹⁰.

O AG propugnou ainda que “ (...) na apreciação da questão de saber se o artigo 3.º, n.º2 da decisão quadro é ou não aplicável quando a autoridade judiciária da execução não verifica se o princípio *ne bis in idem*, tal como é definido no ordenamento jurídico do estado de emissão, foi realmente respeitado pela autoridade judiciária de emissão, mas fiscaliza o respeito do princípio enunciado nessa disposição do direito da UE, tal como é definido pelo Tribunal de Justiça ³⁹¹”.

Constata-se assim que o AG propôs uma leitura concordante do art. 3.º, n.º 2 da DQMDE e do art. 54.º da CAAS (salientando a similitude das duas redações e da terminologia usada), uma vez que, ambas prosseguem a mesma finalidade: evitar que uma pessoa, pelo fato de exercer livremente o seu direito à circulação no ELSJ se veja duplamente perseguida, penalmente, pelos mesmo fatos. Concluiu, além do mais que, o artigo 3.º, n.º 2 da DQMDE constitui um instrumento complementar do art. 54º da CAAS.

³⁹⁰ O AG refere-se, neste segmento, ao Acórdão de 18/10/2007, processo C-195/06 *Osterreichischer Rundfunk* e Acórdão *Kozłowski* C-66/08 de 17/07/2008.

³⁹¹ Vide ponto 93 das conclusões do AG.

A segunda questão colocada à apreciação do TJUE, pelo tribunal alemão, consistia em saber se, a circunstância dos investigadores disporem (no momento em que a pessoa foi acusada e condenada por um ato isolado de tráfico de estupefacientes) de provas da sua participação numa associação criminosa dedicada a esse tráfico (e não os haverem comunicado ao órgão jurisdicional competente) significava que, a sua participação na associação criminosa e a detenção de estupefacientes, constituíam os «mesmos fatos», para efeitos de aplicação do art. 3.º, n.º 2 da DQMDE.

O AG entendeu que não cabia ao tribunal de execução sindicar, a esse ponto, a atuação dos serviços de investigação de um outro estado membro. Para Ives Bot, o elemento relevante é que se tratem dos «mesmos fatos» tal como tem sido entendido pela jurisprudência do TJUE, ou seja, um conjunto de fatos materiais, indissociavelmente ligados entre si no espaço e no tempo, independentemente, da qualificação jurídica que deles se venha a efetuar. Essa avaliação far-se-à comparando os fatos que constituíram o objeto do julgamento e da condenação que constam do MDE. Para o AG, a opção efetuada pelas autoridades policiais italianas é, nesta medida irrelevante porquanto, sobre os fatos que ficaram «de fora» do primeiro processo não se chegou a efetuar qualquer juízo de mérito. Na esteira da jurisprudência *Gözutok & Brügge e Turanžky*, esses fatos não foram levados nem ao Ministério Público nem ao órgão jurisdicional, pelo que, sobre eles não se produziu qualquer «julgamento definitivo».

Em síntese, o AG propugnou por uma interpretação concordante do conceito de «mesmos fatos» na norma do art. 3º n.º2 da DQMDE e no âmbito do art. 54º da CAAS. Defendeu ainda que, não caberia ao tribunal da execução do MDE apreciar, à luz do seu direito interno, esse conceito, antes devendo situá-lo no contexto da jurisprudência do TJUE e à luz dos fins e objetivos prosseguidos pelo direito da UE. No caso vertente, o fato das autoridades policiais de um EM não terem perseguido penalmente um cidadão (dando conhecimento dos fatos ao MP ou ao órgão jurisdicional competente) no contexto de um dado processo em

que este veio a ser condenado, não preclui a possibilidade do mesmo cidadão vir, em momento ulterior, a ser objeto de um MDE para ser julgado por esses fatos em processo subsequente:

“(...) o momento em que foram descobertos pelos investigadores os fatos referidos no mandado de detenção europeu é irrelevante para determinar se estão indissociavelmente ligados aos fatos que já foram julgados ³⁹²”.

Nesta medida, o AG defendeu que, o alcance do princípio *ne bis in idem* não pode ser tal que obrigue os serviços de investigação a exercer a ação penal desde a primeira acusação, relativamente a todos os fatos susceptíveis de serem imputados à pessoa interessada e a submetê-los à apreciação do tribunal. Isto porque, a decisão da autoridade policial não pôs termo à ação penal, nesse ordenamento.

As linhas argumentativas do AG e a ulterior decisão do TJUE, neste aresto, convocam diversas problemáticas que importa apreciar e criticar, o que se fará subsequentemente.

4.3.3 A decisão do TJUE e apreciação crítica ³⁹³

No acórdão proferido, o Tribunal acolheu as soluções propostas pelo AG Ives Bott. Para o efeito, comparou a legislação processual penal alemã e italiana respeitante ao tráfico de estupefacientes e às respetivas implicações processuais. Salientou, desde logo que, ao abrigo da lei alemã, um crime relativo à participação numa organização criminosa dedicada ao tráfico de estupefacientes pode ser, subsequentemente, investigado apenas se se reportar a atos isolados de um membro dessa organização e se o acusado não tiver uma legítima expectativa de que o procedimento criminal inicialmente deduzido, haja esgotado todos os fatos cometidos no contexto da associação criminosa.

³⁹² Vide ponto 122 das conclusões do AG.

³⁹³ Consultado no sítio <http://curia.eu.int>, em 18 de janeiro de 2012.

Esta particularidade da legislação alemã vincula as autoridades policiais a concentrarem todos os esforços (para apurarem os fatos respeitantes à participação individual nessas associações) logo na primeira investigação. Contrariamente ao que sucede no direito alemão, a lei italiana não afasta a possibilidade de uma segunda ação penal relativa a fatos (que, pese embora, não estejam vertidos no primeiro processo) façam, ainda assim, parte integrante da atividade da associação criminosa.

Estas explicações introdutórias revestem, na economia narrativa do tribunal, particular importância porquanto, permitem compreender a solução propugnada salvaguardando, paralelamente, as características dos ordenamentos internos envolvidos no processo.

O TJUE avançou com uma concetualização autónoma da expressão «mesmos fatos», contida no art. 3.º, n.º 2 da DQME, alicerçando-a nos fins e na natureza específicas do direito da UE e emancipando-a relativamente às qualificações dos direitos internos dos EM. Desta forma, o TJUE salienta que:

“(…) o conceito de “mesmos fatos” insito no art. 3.º, n.º 2 da decisão quadro não pode ser interpretado de acordo com o entendimento discricionário das autoridades judiciais de cada Estado Membro, com base na lei interna³⁹⁴.”

O Tribunal lembrou a sua jurisprudência anterior, proferida em torno do art. 54.º da CAAS, que se havia debruçado sobre os conceitos de «mesmos fatos» (C - 436/04 *Van Esbroek* e C- 150/05 *Van Straaten*) para a aplicar agora ao art. 3.º, n.º 2 da DQMDE em nome da autonomia e da uniformidade do direito europeu.

Contudo, na argumentação expendida, o Tribunal colocou a sua tónica no conceito de “julgamento definitivo” seguindo de perto a sua jurisprudência anterior, nomeadamente, o acórdão *Turanzky*, C- 491/07. Para o TJUE, o que estava fundamentalmente em causa, não era tanto saber se o MDE se reportava

³⁹⁴ Tradução nossa do inglês: “(…) the concept of “same acts” cannot be left to the discretion of the judicial authorities of each Member State on the basis of their national law. It follows from the need for uniform application of the European Union Law (...)”, excerto extraído do texto do acórdão do TJUE, ponto 38, disponível no sítio <http://curia.eu.int>, consultado em 18 de janeiro de 2012:

aos mesmos fatos, pelos quais, o cidadão *G. Mantello* já havia sido condenado pelo Tribunal de Catânia mas antes, avaliar se o mesmo já fora ou não «definitivamente julgado», condição prévia à indagação do critério da identidade fatural.

Para aquele tribunal, essa apreciação deveria ser efetuada à luz do direito interno do estado de emissão, pelo que, se o tribunal de execução tinha dúvidas a este respeito, deveria solicitar da autoridade judiciária emitente os esclarecimentos necessários, ao abrigo do art. 15.º, n.º 2 da DQMDE. Se o tribunal do estado emitente esclareceu que, o julgamento anterior não abrangeu os fatos que determinaram a emissão do MDE então, a autoridade de execução estava vinculada ao cumprimento da obrigação de entrega, em nome da tutela da confiança entre EM, não havendo lugar à aplicação do princípio *ne bis in idem*, previsto no art. 3.º, n.º 2 da mencionada DQMDE.

As conclusões do AG e a decisão proferida pelo TJUE constituem duas importantes etapas na concretização e aprofundamento do ELSJ, contribuindo para delimitar e precisar os contornos das suas relações com os ordenamentos internos dos EM.

A sua importância vai muito para além das questões concretamente suscitadas uma vez que, lhe subjaz um processo de autonomia e emancipação do direito europeu. Vislumbra-se, nesta jurisprudência, a aplicação de um quadro concetual e interpretativo próprios, respeitante a garantias individuais, que se vinha desenhando desde a jurisprudência *Gozutok & Brügge*.

A autonomia interpretativa do direito europeu, efetuada pelo TJUE no acórdão *Mantello*, processa-se em dois sentidos: em relação aos direitos internos dos EM e em relação ao sistema normativo instituído pela CEDH numa lógica emancipatória relativamente à força centrípeta exercida pelo TEDH ³⁹⁵, em matéria de garantias de defesa ³⁹⁶.

³⁹⁵ Alguns autores tem entendido que um dos limites externos à operacionalização do reconhecimento mútuo é a existência de uma “ordem jurídica europeia” materializada na CDFUE, na jurisprudência do TEDH e na CEDH. Veja-se, em suporte desta afirmação, DE HOYOS SANCHO, M. *Armonización de*

Apesar de, nos últimos anos, se ter vindo a propugnar a transposição (para a ordem jurídica europeia) do acervo normativo, axiológico e jurisprudencial desenvolvido no contexto do Conselho da Europa, em concreto, a importação e adaptação de modelos e *standards* típicos da CEDH para a UE, através da jurisprudência *Mantello*, o TJUE reafirma a prevalência do direito europeu ³⁹⁷.

Nos pontos 91 e 92 das suas conclusões, Ives de Bot destaca, com particular acuidade, o carácter transnacional do *ne bis in idem* salientando que, a partir do momento em que é acionado o mecanismo do MDE, a situação da pessoa visada “está coberta pelo direito da União” e a execução desse mandado dever ser efetuada de acordo com os princípios gerais da UE e dos EM, quando aplicam esse direito. Mais, o AG afasta expressamente (com base no carácter transnacional do MDE e do *ne bis in idem*) qualquer intervenção do TEDH (*vide* ponto 91) neste domínio ³⁹⁸.

Subjacentes às conclusões do AG encontram-se três dos princípios fundamentais construídos pelo TJUE ao longo dos anos: o primado do direito europeu, a autonomia da ordem jurídica da UE e o princípio da interpretação conforme.

No caso *Mantello*, o Tribunal interpretou os conceitos ínsitos na decisão quadro relativa ao MDE com base nos cânones hermenêuticos que a jurisprudência europeia foi construindo à luz dos normativos de direito primário da UE – o art. 54.º da CAAS e o art. 50º da CDFUE, ou seja, o órgão

los procesos penales, reconocimiento mútuo y garantías esenciales, In AA.VV. “El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 41-78.

³⁹⁶ No tocante à importância da CEDH e do TEDH, no contexto do MDE, ALEGRE, S. *The European Arrest Warrant and the grounds for non-execution* In “L’integration pénale indirecte- interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne” (sous la direction de Giudicelli - Delage et Stefano Manacorda), Société de Legislation Comparé, vol. 10, Paris 2005, pp. 148.

³⁹⁷ Posição esta sustentada no alegado *deficit* de tutela dos direitos fundamentais na UE e, mais recentemente, tendo em vista a adesão da UE àquela convenção, prevista pelo Tratado de Lisboa. ³⁹⁷

³⁹⁸ André Klip salienta a especial importância que, o TJUE concede à CEDH e ao acervo jurisprudencial do TEDH quando interpreta e aplica princípios gerais de direito, designadamente, utilizando estes instrumentos enquanto fontes de direito, vide *European Criminal Law*, Intersentia, Antwerp, 2008, p. 145. Sobre o controlo externo exercido sobre os atos da UE, pelo TEDH, veja-se WEYEMBERG, A. e RICCI, V. *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l’Union européenne* In AA.VV “Le contrôle juridictionnel dans l’espace penal européen” Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 227-272.

jurisdicional propugna por uma interpretação da DQMDE em conformidade com os normativos europeus, assumindo os direitos internos dos estados envolvidos na cooperação judiciária penal, um caráter instrumental e subsidiário. Isto significa que, o TJUE apenas concede relevância ao conceito de “julgamento definitivo” do ponto de vista do estado em que a decisão foi proferida para poder operacionalizar a garantia *ne bis in idem* e porque não existe, ao nível do direito da UE, uma construção doutrinária própria que defina os termos do “caso julgado”.

Consequentemente, os cânones hermenêuticos do tribunal (pese embora menos desenvolvidos do que os utilizados pelo AG) têm em conta as características próprias da UE e as finalidades por esta prosseguidas. Finalidades essas marcadas, como se viu, por uma lógica dicotómica, tal como elencado nos disposições dos artigos 4.º, n.º 2 al.j) do TUE em conjugação com os artigos 67.º e 82.º e ss do TFUE:

- i. a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas e em que seja assegurada a livre circulação de pessoas;
- ii. o combate à criminalidade através, designadamente, do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e da aproximação das legislações penais numa lógica de cooperação judiciária e policial em matéria penal.

O AG rejeitou as pretensões “nacionalistas” evidenciadas por alguns EM (manifestadas, designadamente, nas alegações do Reino Unido e na posição do tribunal alemão que efetuou o pedido de reenvio) materializadas num entendimento restritivo do art. 3º, n.º2 da DQMDE e que apontam para a subsistência de uma cultura de “desconfiança recíproca” e de predominância das soluções do direito interno do estado de execução. Em contrapartida, reforça a dimensão do reconhecimento mútuo ao impor-lhe (como condição de legitimação) a existência de tutela jurisdicional efetiva.

Esta “alavanca” jurisdicional é que permite, no entender do AG e do tribunal de justiça, reforçar a confiança dos EM nos sistemas jurídicos vizinhos.

Afigura-se-nos que, a jurisprudência *Mantello*, ao estabelecer uma relação direta entre o direito primário e secundário da UE, quanto ao *ne bis in idem* e, ao fazer prevalecer um cânone interpretativo europeu (em detrimento da aplicação de um cânone interpretativo nacional) assegura uma continuidade epistemológica daquele princípio na UE. Continuidade epistemológica que se revela como condição essencial da existência de um modelo deôntico europeu em matéria de garantias de defesa.

O acórdão *Mantello* inaugura, de um ponto de vista jurisprudencial, o debate em torno da aplicação das garantias de defesa nos instrumentos do reconhecimento mútuo e abre o caminho à fixação dos termos e dos limites da tutela judicial efetiva que os tribunais dos EM podem efetuar.

No entanto, o aresto abre esse caminho de forma cautelosa, procurando conciliar dois entendimentos distintos do reconhecimento mútuo: uma lógica maximalista (intimamente ligada ao princípio do estado da procedência ou do estado emissão da decisão - *Herkunftsstaatsprinzip*)³⁹⁹ e, uma outra visão, mais restritiva do reconhecimento mútuo, que parece ser aquela que a doutrina europeia tende a aceitar⁴⁰⁰.

Essa conceção minimalista do reconhecimento mútuo apresenta duas vertentes: por um lado, a aceitação de limites objetivos à cooperação judiciária e, por outro, a sua sindicância por parte de uma autoridade jurisdicional, quando estejam em causa direitos fundamentais dos indivíduos. São essas, precisamente, as duas dimensões do reconhecimento mútuo subjacentes à DQMDE e ao acórdão *Mantello*.

Da jurisprudência *Mantello* decorre que, a confiança subjacente ao regime do MDE não é uma confiança “cega” ou abstrata mas uma confiança alicerçada em consensos mínimos, definidos por via legislativa e jurisprudencial. Consensos que se materializam nas causas de recusa obrigatória e facultativa dos artigos 3.º

³⁹⁹ Vide, a este propósito, DE HOYOS SANCHO, ob. cit. p. 61.

⁴⁰⁰ Veja-se, neste sentido, para além da autora mencionada na nota 23 também o texto de VOGEL, J. *La prueba transnacional en el proceso penal: Un marco para la teoría y praxis*, in AA.VV “La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal”, Cizur Menor, 2006, p.45 e ss.

e 4.º da DQMDE e que permitem, ao estado de execução, efetuar um “controle” dos fundamentos de recusa, com intervenção do órgão jurisdicional (nacional).

Todavia, esse não é um controlo de mérito sobre o conteúdo e os fundamentos da decisão proferida pelo estado de emissão (nem deve ser confundido com um procedimento de revisão de sentença) mas apenas um controlo da legalidade e proporcionalidade do próprio MDE, obtido a partir das informações deste constantes (eventualmente, complementadas por outras informações solicitadas ao abrigo do artigo 15º, n.º 2 da DQMDE) e, tendo por base, os fundamentos elencados na decisão quadro e na lei interna de transposição.

Ao juiz do estado de execução não é admissível que imponha o seu modelo nacional de “garantismo” penal e que vá para além da letra e do espírito que presidiu ao elenco daquelas causas de recusa, com base em construções dogmáticas ou soluções legislativas do seu próprio ordenamento:

“(…) Os instrumentos de cooperação judicial ou de conformação do espaço judicial comum (...) tão pouco podem ser causa para expandir um determinado sistema de garantias ou uma conceção de direitos fundamentais (...)”
401 „

Nesta medida, não subscrevemos a posição defendida por Costa Ramos⁴⁰² no comentário ao Acórdão *Mantello* quando afirma:

“(…) nada impede os EM de atribuírem às suas próprias decisões, internamente, um efeito preclusivo, quanto ao requisito *idem* mais lato do que aquele que é derivado do conceito de “mesmos fatos” constante do art. 54.º da CAAS e, como tal, se confrontados com um pedido de entrega ao abrigo do regime da DQMDE, na qualidade de estado de execução, fazer uso do motivo de recusa constante do art. 4.º, n.º 3 da DQ. (...) Se o *Oberlandsgericht* entendia que,

⁴⁰¹ Tradução nossa do castelhano: “(...) los instrumentos de cooperación judicial o de conformación del espacio judicial común (...) Tampoco pueden ser el cauce para expandir um determinado sistema de garantias o una concepción de los derechos fundamentales (...)” in DE HOYOS SANCHO, M. *ob.cit.* p. 69.

⁴⁰² Vide, COSTA RAMOS, V. *Ne bis in idem e Mandado de Detenção Europeu: Comentário ao caso Gaetano Mantello* (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16.11.2010, processo n.º C-261/09), in Revista do Ministério Público, n.º 127, julho-setembro, 2011, p. 287.

a circunstância de as autoridades de investigação não terem exercido, apesar de o poderem fazer, a ação penal, daria origem ao *ne bis in idem*, ou se entendia que os fatos eram os “mesmos”, porque se impunha como ponto de conexão para aferir da sua identidade, o conhecimento das autoridades de investigação, poderia ter usado aquela “válvula de escape”, e recusado a execução do MDE, com fundamento no art. 4.º, n.º 3 da DQMDE”.

Afigura-se-nos que, a posição de Costa Ramos assenta no pressuposto que a autoridade nacional de emissão pode aplicar, quando interpreta o conceito de “mesmos fatos” ínsito na decisão quadro, conceitos extraídos do seu direito interno. Esta posição levaria a que a autoridade judiciária alemã considerasse (à semelhança do que a lei alemã prevê) que, a primeira decisão jurisdicional das autoridades italianas precludesse o seu ulterior direito à ação penal. Afirma ainda a autora:

“Deve ter-se sempre presente que, caso no domínio do direito interno se preconize a existência do efeito preclusivo do *ne bis in idem* decorrente do julgamento de um crime de associação, relativamente aos crimes cometidos no seu seio, e vice – versa, mesmo que não exista a indissociabilidade exigida pelo TJUE para o art. 54.º da CAAS e para o art. 3.º, n.º 2 da DQMDE, as autoridades dos EM poderão, ainda assim, fazer uso da causa facultativa de recusa prevista no art. 4.º, n.º 3 da DQMDE”.⁴⁰³

Este pressuposto não só é contrário ao espírito que preside ao princípio do reconhecimento mútuo como representa uma abusiva intromissão da autoridade de execução, no âmbito das opções de investigação de outras entidades soberanas bem como a imposição de um dado modelo de estadualidade. Pressupõe também que, o entendimento da dogmática e do direito penal alemão deve prevalecer relativamente a uma construção de direito europeu, como a que foi efetuada pelo TJUE, em torno do conceito de “mesmos fatos”.

⁴⁰³ Vide COSTA RAMOS, V, ob.cit. p. 299.

Defender esta posição equivale, em nossa opinião, a aceitar um efeito de “exportação da ordem constitucional interna” que, no contexto do ELSJ, não é necessário nem aceitável ⁴⁰⁴.

A este propósito Ligetti defende:

“A filosofia do reconhecimento mútuo implica, nomeadamente, que a maior parte do controlo judicial que diz respeito à cooperação deve ser efetuado no estado de emissão e não no estado de execução ⁴⁰⁵,”

Ligetti sublinha que, são as causas de recusa facultativa e obrigatória que delimitam os poderes da autoridade judiciária de execução e constituíram o compromisso possível entre a automaticidade da cooperação e a tutela de direitos fundamentais ⁴⁰⁶.

Por outro lado, na terminologia de Susie Alegre, as causas de recusa obrigatória constituem os limites considerados pelos EM como inultrapassáveis “red lines”, ⁴⁰⁷ ou seja, aqueles que se reportam a aspetos fundamentais dos seus sistemas internos que não admitem quaisquer modificações.

No atual estado de evolução do ELSJ e no quadro da UE não existe um conceito de unidade da ação penal, entendimento que parece subjacente à posição do órgão de reenvio e de Costa Ramos.

Nos artigos 4.º, n.ºs 2 e 3 da DQMDE ficou estabelecido que, o EM de execução pode, facultativamente, recusar a entrega da pessoa se “esta está a ser acusada no estado de execução pelos mesmos fatos em que se baseia o MDE, se o estado de execução “decidiu não instaurar procedimento criminal ou pôr termo ao procedimento instaurado, pela infração que determina o mandado de detenção europeu, ou quando a pessoa foi definitivamente julgada num EM pelos mesmos fatos, o que obsta ao exercício da ação penal.”

⁴⁰⁴ Ainda, sobre este tema, DE HOYOS SANCHO, M. Ob. cit, p. 70.

⁴⁰⁵ Tradução nossa do inglês: “The philosophy of mutual recognition implies namely that most of the judicial control in respect to cooperation should be performed in the issuing state and not in the executing state” in LIGETTI, K. *Judicial control in the system of mutual recognition - the ECJ’s Judgment in Mantell*, in KritiV- Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 4/2010, Baden-Baden, p. 380-389.

⁴⁰⁶ LIGETTI, K. Ob. cit. p. 387.

⁴⁰⁷ ALEGRE, S. Ob.cit.p.130.

Da análise destes normativos conclui-se que, não existe, no ELSJ, um princípio de unidade de ação repressiva nem sem mostram definidos, a um nível europeu, critérios vinculativos para a escolha da jurisdição. Nesta medida, subsiste uma certa “discrecionariedade das autoridades nacionais” relativamente ao cumprimento do mandado de entrega e a possibilidade (real) de diversas jurisdições encetarem, contra a mesma pessoa, investigações e /ou procedimentos criminais, pelos mesmos fatos.

Esta discrecionariedade das autoridades do estado de execução fragiliza a operacionalidade do *ne bis in idem* no contexto do MDE, atenta contra o princípio da segurança jurídica e coloca o suspeito/arguido numa posição de incerteza ⁴⁰⁸.

E é precisamente neste cenário que, a definição jurisprudencial dos elementos enformadores do *ne bis in idem* transnacional, com base num critério autónomo de direito europeu se pode traduz numa “harmonização indirecta” daqueles conceitos, contribuindo para uma maior transparência e certeza jurídicas na sua aplicação.

A ordem jurídica da UE está ainda muito longe de vir a concretizar esse princípio da unidade da ação repressiva tal como Lelieur-Fischer o configurou.

Na doutrina portuguesa, Damião da Cunha sublinha a interligação do *ne bis in idem* e ação penal mas salienta que, a delimitação dos contornos de um princípio da unidade da ação penal pressupõe uma determinada pré-configuração constitucional, penal e processual ⁴⁰⁹. É certo que, a ordem jurídica da União Europeia, apesar de todos os desenvolvimentos legislativos e dos progressos institucionais ainda não atingiu um estado de maturidade constitucional que lhe permita acomodar um princípio da unidade da acção repressiva mas isso não significa o afastamento dos cânones interpretativos definidos pelo TJUE.

⁴⁰⁸ Neste sentido, ALEGRE, S. ob. cit. p. 138.

⁴⁰⁹ Embora o autor advogue a associação do *ne bis in idem* ao conceito de unidade de ação penal, fá-lo no contexto do direito interno, no âmbito do direito processual penal português e de acordo com as específicas configurações processuais deste. Veja-se, com mais detalhe, DAMIÃO DA CUNHA, J. *Ne Bis in Idem e exercício da ação penal*, in AA.VV “Que futuro para o Direito processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 553- 581.

Vale isto por dizer, remontando ao caso *Mantello* que, se o juiz italiano informa o juiz alemão que a decisão proferida em primeiro lugar não preclui (porque não abrangeu esses fatos) o posterior exercício da ação penal relativamente a um ilícito de associação criminosa, não é legítimo às autoridades alemãs invocarem o *ne bis in idem* do artigo 54.º da CAAS como fundamento de recusa (obrigatória ou facultativa) do MDE, tomando por base as concepções fático-normativas do seu direito interno.

No caso *Mantello*, são as autoridades italianas quem está em melhor posição para efetuar um primeiro juízo sobre se a investigação que está na base do MDE (partindo do conceito europeu de “mesmos fatos”) abrange ou não o descritivo dos elementos já julgados no primeiro processo.

Acresce que, a ação penal encontra-se intimamente ligada à questão da “utilidade político-criminal” do seu exercício e às opções de cada Estado Membro, num domínio particularmente sensível para as soberanias. Por esta razão foi introduzida, pelo Tratado de Lisboa, no TFUE, a norma do artigo 82.º, n.º 2 § 3 - o “travão de emergência”, que poderá ser acionado quando estiverem em causa “aspectos fundamentais dos sistemas penais” e que funciona como um limite à harmonização das legislações processuais penais.

Este travão de emergência constitui uma espécie de “válvula de escape” do sistema que permite aos EM prosseguirem no rumo da cooperação judiciária e policial em matéria penal sem que, o núcleo duro da soberania nacional seja afetado mas não os autoriza a afastarem-se das interpretações que o TJUE efetua dos normativos do direito da UE, imposto pelos princípios do primado do direito europeu e da interpretação conformes.

O reconhecimento mútuo tem sido construído numa lógica de confiança recíproca e de igualdade de posições entre os EM, sem que, um modelo de estadualidade prevaleça ou se pretenda sobrepor aos demais.

A jurisprudência *Mantello*, ao definir os termos em que se processa a interpretação do art. 3.º, n.º 2 da DQ relativa ao MDE, reforça o canône hermenêutico europeu, em matéria de garantias de defesa e, simultaneamente,

O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária

assegura uma leitura coerente e congruente entre as normas de direito primário e secundário da UE.

Síntese III- Parte

1. O processo de transnacionalização do *ne bis in idem* no ELSJ da UE tem sido, fundamentalmente, fruto da jurisprudência do TJUE, a qual, na última década interpretou e definiu os contornos dos elementos *bis* e *idem* enquanto conceitos estruturantes daquele princípio jurídico;
2. o suporte normativo e axiológico do *ne bis in idem* radicou, inicialmente, no art. 54.º da CAAS e assentou numa lógica funcionalista de subordinação da *raison d'être* deste princípio à liberdade de circulação das pessoas no território único da UE;
3. do ponto de vista legislativo foram muito tímidos os avanços nesta matéria e o debate em torno das garantias processuais não incluiu as questões *ne bis in idem*, as quais, continuam a ser enquadradas no âmbito dos conflitos de jurisdição;
4. subjacente à jurisprudência do TJUE descortina-se, no entanto, um arquétipo interpretativo-decisório constante e coerente que apelidamos de modelo deontológico de garantias de defesa na UE;
5. trata-se de um modelo de génese pretoriana, de carácter principialista e supranacional, que conjuga as normas do direito primário da UE (sobretudo, a CDFUE), as normas e jurisprudência do TEDH, produzida à luz do art. 6.º da CEDH e do art. 4º do Protocolo 7 anexo àquela Convenção;
6. o *ne bis in idem* constitui, simultaneamente, uma consequência e um limite à operacionalidade do reconhecimento mútuo;
7. o reconhecimento mútuo, inspirado na cooperação judiciária em matéria civil e introduzido no Conselho Europeu de Tampere no domínio penal, destinou-se a garantir o aprofundamento do mecanismo da cooperação judiciária e policial em matéria penal, abolindo o anterior sistema de reconhecimento prévio das sentenças estrangeiras - *exequatur*;

8. este princípio, entendido como a “pedra angular” do ELSJ, permite que uma decisão penal definitiva proferida por um tribunal de um EM produza efeitos imediatos ou automáticos num outro EM sem qualquer sindicância prévia quanto ao mérito, numa lógica de confiança recíproca;
9. após a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, a norma do art. 50.º da CDFUE passou a constituir a matriz interpretativa do *ne bis in idem* no contexto do modelo deontológico europeu de garantias de defesa;
10. no caso *Mantello*, o TJUE debruça-se sobre o conceito de «mesmos fatos» contido na norma do art. 3.º, n.º 2 da DQMDE, aplicando um arquétipo hermenêutico europeu;
11. nesse acórdão, o TJUE interpreta o *ne bis in idem* da mesma forma que vinha fazendo à luz do art. 54.º da CAAS, assegurando uma continuidade interpretativa entre os dois normativos;
12. após a jurisprudência *Mantello* ficou claro, para os juízes nacionais que, a interpretação dos elementos que compõem o *ne bis in idem*, no MDE, deve ser feita à luz de um cânone europeu;
13. esta solução vai ao encontro dos princípios da interpretação conforme e assegura o primado do direito europeu, na aplicação prática dos instrumentos do reconhecimento mútuo;
14. o Acórdão *Mantello*, para além de constituir uma decisão pioneira, assume grande importância na interpretação e aplicação uniforme do *ne bis in idem* enquanto causa de recusa da cooperação judiciária penal, no contexto do MDE,
15. os tribunais nacionais, sendo órgãos jurisdicionais de direito europeu e de controlo da aplicação dos normativos da UE efetuam também, casuisticamente, um controlo *ne bis in idem*;
16. no ordenamento português, o Ministério Público, dotado de prerrogativas constitucionais de defesa da legalidade no âmbito da ação penal, pode e deve oficiosamente, conhecer das questões *ne bis in idem* quando esteja

em causa a aplicação de instrumentos legislativos do reconhecimento mútuo como o MDE;

17. apesar das lacunas legislativas detetadas no sistema jurídico da UE em matéria de *ne bis in idem*, os recursos existentes e a jurisprudência do TJUE, apontam para a existência de um controlo difuso de aplicação deste princípio-garantia a efetuar pelos juízes dos tribunais nacionais, pelo Ministério Público (pelo menos, no caso português) e pelos advogados de defesa;
18. não obstante, as autoridades nacionais (entre as quais, o juiz do estado requerido) não podem sindicar o conteúdo e os fundamentos da decisão proferida pelo estado de emissão, uma vez que, tal põe em causa a confiança recíproca e viola o espírito do reconhecimento mútuo;
19. o controlo *ne bis in idem* é efetuado tendo por base o cânone hermenêutico europeu e não os parâmetros interpretativos do estado requerido.
20. esse cânone hermenêutico europeu assegura uma continuidade axiológica entre o direito primário e secundário da UE.
21. as novas recomendações da Comissão e do Conselho, bem como o sentido das alterações ao Manual sobre a Aplicação do MDE, apontam para um reforço do controlo da proporcionalidade a efetuar em todos os EM;

IV- Parte - *Ne bis in idem* no direito europeu da concorrência:

Capítulo I: Garantias processuais e convergência entre direito penal e direito administrativo sancionatório na UE

1. O papel da jurisprudência europeia

Um estudo transversal da garantia *ne bis in idem* na UE, pressupõe uma análise comparativa da jurisprudência produzida sobre garantias processuais e *ne bis in idem*, pelos tribunais da UE (entre os quais, incluímos o TEDH) no ELSJ e no direito europeu da concorrência.

A questão da (eventual) convergência entre estes dois ramos do direito, o penal e da concorrência tem-se suscitado a dois níveis: a propósito da transposição para o direito da concorrência dos mecanismos garantísticos ou dos direitos de defesa típicos da ação penal (mormente, à luz do art. 6.º da CEDH) e, por outro, quanto à possibilidade do cúmulo de sanções administrativas e penais e da sua compatibilidade com o *ne bis in idem* ⁴¹⁰.

No que concerne à aplicação do *ne bis in idem*, no contexto do direito europeu da concorrência, a nossa atenção focar-se-à apenas na aplicação das garantias do processo penal àquele ramo do direito europeu.

Importa, antes de mais salientar que, o estatuto dogmático do direito europeu da concorrência não é claro nem se mostra cientificamente consolidado por diversas razões: em primeiro lugar, trata-se de uma superestrutura normativa, de carácter supra-nacional que carece de ser articulada com as infraestruturas normativas nacionais e relativamente às quais, a liberdade de conformação do

⁴¹⁰ Para uma visão mais completa e detalhada acerca da distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório, vide, RANDO CASERMEIRO, P. *La distincion entre el derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador - Un analisis de política jurídica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010. Em 28.02.2013, o acórdão do TJUE proferido no processo *Aklagaren v. H.A.Fransson* abordou a compatibilidade do *ne bis in idem* nos casos de cúmulo de sanções penais e administrativas e conclui que à luz do art. 50.º da CDFUE não existe qualquer incompatibilidade nesse cúmulo, desde que, as sanções administrativas não constituam sanções materialmente penais.

legislador estadual é muito ampla. Por outro lado, o direito europeu da concorrência assume uma dupla vertente: a tutela pública e a tutela privada dos danos provocados pelos delitos anticoncorrenciais. Esta dupla dimensão do direito europeu da concorrência outorga-lhe uma natureza *sui generis* pois nele confluem um acervo de regras e princípios oriundos de diferentes fontes: de natureza pública administrativa, contra-ordenacional, penal bem como normas de direito e processo civil.

Em contrapartida, a aplicação prática deste ramo do direito europeu e a resolução dos problemas suscitados tem sido dinamizada pela jurisprudência do TJUE orientada pelos princípios gerais de direito, pelas tradições constitucionais dos EM, atentos a natureza e os fins específicos prosseguidos pelos Tratados fundadores.

O TJUE tem desenvolvido, ao longo dos anos, uma prolífica jurisprudência em torno da questão dos direitos fundamentais na UE e, na ausência de um catálogo vinculativo semelhante ao que hoje representa a CDFUE fê-lo através do recurso aos princípios gerais de direito e às tradições constitucionais dos EM apoiando-se na CEDH cujos normativos são importados para a ordem jurídica europeia pela via dos princípios gerais de direito ⁴¹¹.

O caminho percorrido pela jurisprudência do TJUE ancora-se no art.6.º, § 2 do TUE, na redação do Tratado de *Maastricht* e encontra-se, atualmente, previsto no n.º 3 daquele normativo do TUE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa ⁴¹².

Importa, todavia assinalar que, o *case law* do tribunal do Luxemburgo tem-se pautado pela recusa de aplicação *tout court*, às empresas, no domínio dos procedimentos sancionatórios anticoncorrenciais, das garantias de defesa previstas no art. 6.º da CEDH invocando-se para tal que, a Comissão não é um

⁴¹¹ Reportamo-nos, nomeadamente, aos acórdãos *Stauder* de 12 de novembro de 1969 (C-29/69), *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de dezembro de 1990, *Nold vs. Commission*, de 14 de maio de 1974 e *Panasonic vs. Commission* de 26 de junho de 1980 (C-136/79) e *Hoescht vs. Commission* de 21 de setembro de 1989, (C- 46/87).

⁴¹² O ponto 37 do Reg. CE n.º 1/2003 consagra que, na interpretação das suas disposições, serão observados os princípios e os direitos reconhecidos pela CDFUE.

tribunal e aqueles procedimentos não revestem caráter penal mas, tão-somente, natureza administrativa. Acresce que, a natureza específica dos delitos anticoncorrenciais (praticados, na sua maioria, por empresas ou grupos económicos dotados de enormes recursos financeiros e logísticos) bem como a gravidade dos danos decorrentes da sua prática e o seu impacto no mercado comum justificam, na ótica do tribunal, que se evite uma transposição automática das normas da CEDH para estes procedimentos.

Dean Spielman afirma, a este propósito que: “(...) em domínios tão específicos como o direito da concorrência, o nível de proteção pode ser variável tendo em conta as considerações de ordem política próprias da ordem jurídica da comunidade europeia (...)”⁴¹³,

Na fundamentação das suas decisões, o TJUE afasta a aplicação direta do art. 6.º da CEDH às empresas negando, simultâneamente que, a Comissão esteja vinculada à sua observância no domínio concorrencial. Não obstante, o TJUE apela aos princípios gerais de direito ínsitos no ordenamento jurídico da UE para sustentar que lhes devem ser reconhecidos alguns desses direitos e garantias de defesa⁴¹⁴.

Na doutrina portuguesa, Abel Mateus assinala: “O direito penal convive mal com o direito da concorrência. O primeiro está demasiado ligado ao elemento de dignidade humana e de (privação da liberdade) para poder ser, sem mais, transposto para a concorrência. Aqui os atores são as empresas e os vetores são de cariz económico. Nesta matéria, relembre-se a necessidade de compatibilizar as regras e as práticas processuais com as garantias de efetividade na repressão das violações do direito comunitário da concorrência. (...) Tal não

⁴¹³ Tradução nossa do francês: “(...) dans les domaines très concrets tels que le droit de la concurrence, le niveau de protection peut être variable compte tenu de considérations politiques spécifiques à l’ordre juridique de la Communauté européenne (...)”, in SPIELMANN, D. ob cit. p. 802.

⁴¹⁴ O histórico de acórdãos sobre esta matéria é vasto destacando-se, sua relevância, os *Acórdãos Heinz Van Lewyck et al. c. Commission* de 29 de outubro de 1980, 209/78 et. Al, *SA Musique Diffusion et al. c. Commission* de 07 de junho de 1983, 100/80, *TPICE Shell International c. Commission* de 10 de março de 1992, T-11/89, *Enso Espanola c. Commission*, de 14 de maio de 1998 T-348/94, *HFB Holding et al. c. Commission* de 20 de março de 2002, T-9/99, *TPICE Bolloré et al. c. Commission* de 26 de abril de 2007, T-109/02, *TPICE Lafarge c. Commission* de 08 de julho de 2008, T-54/03.

implica transigir com a salvaguarda dos direitos da defesa e é levado a cabo no respeito pelo regime da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujos preceitos são recebidos no sistema da União enquanto princípios gerais de direito comunitário (artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia) ⁴¹⁵”.

Como já se salientou, o recurso aos princípios gerais de direito como fonte dos direitos de defesa das empresas permite ao TJUE fazer uso da flexibilidade interpretativa que estes outorgam, em detrimento da aplicação de regras, que funcionam numa lógica de tudo ou nada. Por outro lado, no tocante às garantias processuais previstas no art. 6.º da CEDH, a sua interpretação e aplicação tem vindo a ser feita, por outro órgão jurisdicional, externo ao sistema jurídico da UE ⁴¹⁶. Nesta medida, haverá que ter em conta as particularidades deste sistema jurídico e os fins por este prosseguidos. A flexibilidade dos princípios jurídicos permite matizá-los transpondo a sua aplicação para um contexto sistémico distinto do original ⁴¹⁷.

Nas alegações proferidas no caso *Solvay vs Comissão* ⁴¹⁸ a AG Kokott esclareceu, efetivamente que: “ (...) o art. 6.º da CEDH não é diretamente aplicável às instituições da União antes da sua adesão à CEDH devendo, contudo, ser tido em consideração na interpretação e aplicação dos princípios gerais de direito e dos direitos fundamentais da União invocados ⁴¹⁹”. Mais afirma que: “ (...) relativamente ao direito da concorrência, o próprio TEDH, não parece considerar esta área do direito como fazendo parte do direito penal clássico, o TEDH parte do princípio de que, fora do «núcleo duro» do direito

⁴¹⁵ MATEUS, A.M.ob, cit, p. 20 e 21.

⁴¹⁶ Neste sentido, *vide* BOMBOIS, T, ob, cit. p. 72.

⁴¹⁷ O Tribunal Constitucional Espanhol (STC -18/1981) defendeu, a este propósito, o seguinte:” Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (...)”, citação extraída de AGUADO-CORREA, T. *El principio de proporcionalidade en el derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, p.85.

⁴¹⁸ Alegações proferidas no processo C-109/10P, em 14 de abril de 2011, consultado no sítio www.curia.europa.eu, em 08 de janeiro de 2014.

⁴¹⁹ Esta afirmação concerne à alegação da Solvay de que foram violados os seus direitos de defesa (de acesso ao processo) na medida em que a Comissão não assegurou, durante a fase do procedimento administrativo em que investigou as infrações ao direito da concorrência, alegadamente, praticadas pela empresa, o acesso a todos os documentos constantes desse processo, *vide* pontos 159, 170, 174, das mencionadas alegações.

penal, as garantias penais decorrentes do art. 6.º, n.º1 da CEDH não têm necessariamente de ser objeto de uma aplicação rigorosa ⁴²⁰.

No *Acórdão Aalborg Portland vs. Comissão* ⁴²¹, no qual, estava em causa o acesso a documentos constantes do procedimento de instrução da Comissão Europeia e suscetíveis (no entender das recorrentes) de conter elementos de defesa, os juízes do tribunal de justiça relembram o escopo e a natureza das regras que visam proteger a livre concorrência no mercado comum (ponto 53) bem como as dificuldades inerentes à investigação destas práticas (ponto 55 a 58). Assinalam, porém que, a Comissão: “deve velar (...) para que os direitos de defesa não sejam comprometidos no âmbito da instrução prévia (...)”. Para o efeito, os juízes, ancoram os direitos de defesa das empresas no âmbito geral dos direitos fundamentais que, por sua vez, reconduzem aos princípios gerais de direito e às tradições constitucionais dos EM, bem como às indicações fornecidas pelos instrumentos de direito internacional, aos quais, aqueles estados aderiram, como é o caso da CEDH (*vide* ponto 70).

Nesta medida, a adesão e aplicação das normas da CEDH não é imediata nem automática. No ponto 70) do referido acórdão, o TJUE salienta que, o art. 6.º, n.º1 da CEDH visa, unicamente, o processo jurisdicional num tribunal e não pressupõe a existência de um princípio geral e abstrato, segundo o qual, as partes devem ter, em todos os casos, a faculdade de assistir às conversações ocorridas ou de receber a comunicação de todos os documentos tidos em conta pela autoridade de supervisão.

Não obstante este entendimento e de, no direito da UE, as normas respeitantes ao direito da concorrência constituírem direito administrativo sancionatório ⁴²² constata-se, na *praxis* judiciária que, as empresas reclamam, cada vez mais, a aplicação das garantias de defesa do processo penal ao

⁴²⁰ Vide, ponto 255 das referidas alegações, nas quais, a AG remete para o *Acórdão do TEDH Jussila vs. Finlândia* (Grande Secção), de 23 de novembro de 2006.

⁴²¹ Proferido no processo C- 204/00P, em 07 de janeiro de 2004, consultado no sítio www.eur-lex.europa.eu, em 08 de janeiro de 2014.

⁴²² Veja-se a norma do art. 23.º § 5 do Reg. CE n.º 1/2003 de acordo com a qual, as sanções aplicadas pela Comissão, nos termos deste normativo, não têm caráter penal.

contencioso da concorrência. Acresce que, o desenvolvimento da jurisprudência do tribunal de Estrasburgo aponta para uma progressiva aproximação ao direito penal, sobretudo, na sua vertente garantística e de sua aplicação aos entes coletivos. Para o TEDH, do ponto de vista das garantias processuais previstas na CEDH, os procedimentos sancionatórios por violações ao direito europeu da concorrência e as sanções daí decorrentes constituem procedimentos e sanções penais, em sentido material ⁴²³.

Pedro Caeiro salienta, no entanto que, a qualificação utilizada pelo TEDH relativamente à “materialidade penal” das sanções previstas para determinados ilícitos restringe-se à aplicação das garantias processuais contidas no art. 6.º da CEDH, não interferindo com a qualificação das infracções operada pelos estados-parte. Nesta medida, tratar-se-ia de conceitos autónomos que não impedem os EM de os classificar, à luz do seu direito interno, como procedimentos administrativos, uma vez que, não incumbe ao TEDH determinar a sua natureza ⁴²⁴.

Concomitantemente, se é certo que o direito europeu da concorrência não impõe aos EM a classificação dos delitos anticoncorrenciais como penais ou contra-ordenacionais, deixando ao legislador nacional a liberdade de qualificação jurídica de tais delitos, existem argumentos que permitem sustentar uma aproximação do direito europeu da concorrência ao âmbito penal justificando-se, assim a aplicação *mutatis mutandis*, naquela sede, de algumas das garantias processuais típicas do processo penal ⁴²⁵.

⁴²³ Aliás, este ponto tem sido reafirmado pelo próprio TJUE e pelos respectivos AG's. Veja-se, em suporte desta afirmação, para além das alegações do AG *Vesterdorf*, proferidas no processo do Tribunal Geral, T-1/89 e T 4/89, em 10 de julho de 1991, as alegações do AG *Léger* de 3 de fevereiro de 1998 no caso C – 185/95 P.

⁴²⁴ CAEIRO, P. ob.cit. p. 474.

⁴²⁵ Para uma visão do problema na jurisprudência portuguesa, nomeadamente, quanto à autonomia entre o direito contra-ordenacional e o direito penal, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional 344/93, 278/99, 31/2000, 62/2003, 85/2012, disponíveis no sítio www.tribunalconstitucional.pt. E, no tocante à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português, vide o Assento 1/2003 de 28/11/2002, publicado no DR, I - A, de 25/01/2003, o Ac. S.T.J de 6/2001 publicado no DR I-A, de 30/03/2001 e o Ac. STJ 2/2000, publicado no DR I-A de 05/03/2002.

Em primeiro lugar, a natureza do(s) bem(s) jurídico(s) em causa: trata-se de proteger o pleno funcionamento do mercado interno da UE, assegurando a manutenção da livre concorrência e a protecção dos consumidores.

Em segundo lugar, o efeito estigmatizante que surge associado a este tipo de ofensas e, finalmente, a gravidade e o efeito preventivo das sanções aplicadas

⁴²⁶.

Wouter Wills discute as eventuais vantagens da criminalização do direito da concorrência (tendência já verificada na legislação do Reino Unido e Irlanda, por inspiração do ordenamento norte americano) que garantiria às empresas um reforço das garantias de defesa, outorgaria à Comissão poderes investigatórios mais vastos e introduziria a possibilidade de aplicação de sanções penais às pessoas singulares envolvidas nessas práticas ⁴²⁷.

Por seu lado, Daniel Anderson e Rachel Cuff assinalam:

“Tem havido uma tendência de criminalização da legislação anticoncorrencial na União Europeia mas o sistema está concebido para funcionar através de sanções de carácter administrativo e, consequentemente, faltam-lhe as garantias processuais que asseguram o processo justo, num sistema deste tipo ⁴²⁸.”

Na doutrina portuguesa, Faria Costa reconduz o direito penal *stricto sensu* e o direito contraordenacional ao domínio mais vasto do direito sancionatório, enquanto «região normativa única» ou direito penal total ⁴²⁹.

⁴²⁶ BRONCKERS, M. e VALLERY, A.: *No longer presumed guilty? The impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition*, 34, n.4, Kluwer Law International, the Netherlands, 2011, 535-570.

⁴²⁷ WOUTER, P.J W. : *Is Criminalization of EU competition law the answer?* In *Criminalization of Competition Law Enforcement-Economic and Legal Implications for the EU Member States*, (ed. Cseres, K, Schinkel, P. e Vogelaar, O.W), Cheltenham, UK, 2006, pp. 18-110.

⁴²⁸ Tradução nossa do inglês: “There has been a creeping criminalization of antitrust infringement in the EU, but its system is designed with administrative sanctions in mind and as a result lacks the rigorous procedural safeguards necessary to ensure due process in such a regime”. ANDERSON, D. e CUFF, R. *Cartels in the EU: Procedural fairness for defendants and claimants*, in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Competition Law Institute, Juris, 2010, p.197-235.

⁴²⁹ Vide, *Crimes e Contra-Ordenações (afirmação do princípio do numerus clausus na repartição das infrações penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas*, *Questões Laborais*, 17, Ano VIII, Coimbra, Coimbra, Editora, p. 3 e 6. E o mesmo autor, *Noções Fundamentais de direito penal (fragmenta iuris penalis)* - Introdução, Coimbra, Coimbra Editora, p. 49.

Por seu turno, Costa Pinto advoga a recondução dos setores da grande regulação (entre os quais, se inclui o direito da concorrência) a uma área de intervenção particular, na qual, se combinam os mecanismos preventivos e repressivos, articulados com os poderes das entidades reguladoras ⁴³⁰. Embora reconduzindo a argumentação ao caso português, no contexto dos poderes de supervisão e sancionatórios da CMVM e da aplicação do princípio *nemo tenetur*, Figueiredo Dias e Costa Andrade afirmam: "Não obstante, é nossa convicção que, o fundamento imediato destes direitos reside nas concretas garantias processuais que a Constituição prevê em matéria criminal: são elas que sustentam diretamente aqueles direitos que, por sua vez, lhes servem de suporte e as concretizam na sua singular realização processual. (...) O art. 32.º, n.º 10 da CRP (introduzido pela revisão constitucional de 1989) dispõe que: “ (...) nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa ⁴³¹.”

O direito da concorrência atenta a gravidade dos ilícitos e das sanções aplicadas pelas entidades reguladoras justifica a consagração das garantias de defesa que compensem a severidade punitiva que o caracteriza e que, inevitavelmente, aproximou aquele ramo do direito europeu do domínio penal. A este propósito há que atentar nos arts. 23.º e 24.º do Reg. CE n.º 1/2003, nos quais, se prevêem a aplicação de coimas e de sanções pecuniárias compulsórias que podem atingir montantes muito elevados e que possuem um escopo preventivo ⁴³².

Na ordem jurídica da UE, o reconhecimento pelo órgão jurisdicional europeu de garantias de processo penal às empresas só foi assumida, pela primeira vez, nas conclusões proferidas pelo AG *Vesterdorf*, no âmbito do

⁴³⁰ “As Codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal secundário” in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários*, Vol.III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁴³¹ Vide, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (parecer)*, Coimbra, Almedina, 2009, pp-16-56.

⁴³² ALFAFAR, D. *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Números 11/12, julho-dezembro 2012, Almedina, 336.

processo T-1/89 *Rhone Poulenc SA vs Comissão*, no qual, este citou o acórdão do TEDH (*Öztürk vs. Germany*, proferido em 21 de fevereiro de 1984):

“(…) as coimas que podem ser impostas às empresas ao abrigo do art. 15.º do Reg. CE n.º. 17/62 têm, apesar do estatuído no art. 15.º, n.º 4 um carácter penal, pelo que é de importância vital que o tribunal defina um estatuto legal acima de quaisquer críticas relativamente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em todo o caso, no quadro legal composto pelo corpo legislativo e jurisprudencial existente, tem que ser assegurado que a protecção legal que lhes é oferecida está de acordo com o padrão, considerado razoável, na Europa⁴³³.”

Contudo, independentemente da posição que se assuma, de um ponto de vista dogmático quanto à natureza jurídica do direito europeu da concorrência, o que nos parece indubitável é a influência crescente da jurisprudência do TEDH sobre o TJUE, no sentido de o conduzir ao gradual reconhecimento de garantias de defesa às empresas. O TJUE efetua uma abordagem pragmática que vai ao encontro de um garantismo principialista e que assenta na primazia da *praxis*, na qual, a tutela dos direitos fundamentais, na vertente dos direitos de defesa, ultrapassa as categorias dogmáticas tradicionais e se coloca ao serviço da resolução dos “casos difíceis”⁴³⁴.

1.2 A jurisprudência do TEDH e o *ius puniendi* material

O entendimento do TEDH, no tocante ao carácter materialmente penal das sanções aplicadas nos procedimentos anti-concorrência, mostra-se congruente com a corrente jurisprudencial que aquele tribunal tem vindo a adotar desde a

⁴³³ Tradução nossa do inglês: “(…) fines which may be imposed on undertakings pursuant to Article 15 of regulation N.17/62 do in fact, notwithstanding what is stated in Article 15(4), have a criminal law character, it is vitally important that the court should seek to bring about a state of legal affairs not susceptible of any justified criticism with reference to the European Convention for the Protection of Human Rights. At all events, within the framework formed by the existing body of rules and the judgements handed down hitherto it must therefore be sought to ensure that legal protection meets the standard otherwise regarded as reasonable in Europe” in ponto 3, § 4, p. 885 e 886 das mencionadas alegações.

⁴³⁴ ATIENZA, M. *Constitucionalismo y derecho penal*, in *Constitución y sistema penal*, ob.cit.p.39.

década de 70 e que se reconduz a um entendimento unitário e material do *ius puniendi*.

A primeira sentença em que o TEDH optou por um conceito unitário de sanção penal (que engloba não apenas o direito penal clássico mas também o direito administrativo sancionatório) foi proferida em 08 de junho de 1976 no caso *Engel et. Al. vs. Pays Bas*, no qual, a partir do art. 6.º, n.º1 da CEDH (que consagra o direito a um processo justo e equitativo) o tribunal, no contexto do direito disciplinar militar, elencou um conjunto de critérios suscetíveis de indiciar a materialidade penal de uma acusação: 1. A classificação das leis nacionais, 2. A natureza da ofensa, 3. A severidade ou a gravidade da reação ou da pena em que a pessoa pode incorrer.

Esta jurisprudência, bem como os critérios por ela enunciados foram sendo, progressivamente, alargados a outras áreas da intervenção sancionatória, nomeadamente, a propósito das sanções administrativas ou contravencionais (*Ac. Özturk c. Alemanha*, 21/02/1984), às matérias da concorrência (*Société Stenuit c. França*, 27/02/1992) e do direito fiscal não penal (*Jussila c. Finlândia*, 23/11/2003). Esta corrente jurisprudencial tem sido mantida, de forma coerente, ao longo dos anos culminando no acórdão *Menarini Diagnostics c. Italie*, proferido em 27 de setembro de 2011⁴³⁵.

Neste caso, estava em causa a apreciação de uma queixa formulada (ao abrigo do art. 34.º da CEDH) por uma empresa, a *Menarini Diagnostics*, contra a autoridade italiana da concorrência, por violação do direito de acesso a um Tribunal, previsto no art. 6.º § 1 da CEDH.

A ANC italiana (AGCM) aplicou uma multa de seis milhões de euros à recorrente pela alegada prática de infrações à lei italiana da concorrência (fixação de preços e partilha de mercados). A *Menarini* havia recorrido dessa decisão para o Tribunal Administrativo do Latium, peticionando a suspensão imediata da decisão da autoridade italiana da concorrência, a sua anulação e a redução, em 10%, do montante pecuniário da multa (*vide* ponto 12).

⁴³⁵ Queixa n. 43509/8.

O Tribunal administrativo rejeitou o recurso invocando que, apenas lhe cabia efetuar um controlo da legalidade (relativo à pertinência e à motivação do ato administrativo) e não um controlo sobre o mérito da decisão, não podendo substituir-se à AGCM (pontos 13 e 15 do acórdão do TEDH).

De acordo com a posição assumida pelo governo italiano não se aplicavam ao caso os normativos da CEDH por não satisfazer os três critérios avançados pela jurisprudência *Engel e outros vs Pays Bas* relativos à qualificação penal das sanções. Para o governo italiano, as decisões da AGCM constituem decisões de carácter administrativo e não penal (assentam na Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990, sobre concorrência e práticas comerciais desleais), têm como objetivo a perservação da liberdade das trocas comerciais e da livre concorrência no mercado (não afetando, por isso, os interesses gerais da sociedade normalmente visados pelo direito penal), pelo que, as regras processuais são distintas das regras do processo penal. O escopo principal da aplicação das sanções é impedir a continuação das práticas anticoncorrenciais e essa aplicação efetiva é eventual

436 .

A requerente, por seu turno, contestou a posição do governo italiano invocando que a decisão da AGCM constituía uma acusação penal em sentido material, o fim prosseguido pela autoridade italiana da concorrência é o de manter a livre concorrência no mercado italiano e a sanção aplicada assumia um montante demasiado elevado revestindo carácter punitivo (*vide* pontos 33 a 37 do mencionado acórdão).

A análise do acórdão *Menarini* revela um processo de aproximação entre a ordem jurídica da CEDH e a da UE. Essa convergência assume uma matriz garantísta, inspirada na CEDH e no *case law* do TEDH, aprofundada e desenvolvida à luz da CDFUE, num paradigma sistémico que podemos enquadrar na emergência do neo-constitucionalismo europeu de tipo principialista ou garantista.

⁴³⁶ *Vide* pontos 29 a 31 do acórdão, nos quais, se resume a posição do governo italiano.

O Acórdão *Menarini*, bem como os seus antecessores, fazem parte de uma corrente jurisprudencial que tem vindo, de forma casuística mas consistente, a consolidar as características de um modelo europeu de garantias de defesa, de vocação supranacional. A sua importância é tanto maior porquanto, diz respeito a um segmento da integração particularmente dinâmico, marcado por uma intensa conflitualidade judiciária e em que se assinala a ausência de legislação, especificamente dirigida aos direitos de defesa das pessoas coletivas, destinatários das decisões da Comissão Europeia ⁴³⁷.

Acresce que, essa jurisprudência reafirma a aplicação do art. 6.º da CEDH às matérias do direito da concorrência, independentemente da qualificação (administrativa ou penal) que, as legislações nacionais atribuem a esses normativos:

“O tribunal constata, contudo, que as práticas anticoncorrenciais imputadas à sociedade requerente não constituem uma infração penal ao abrigo do direito italiano. (...) Mas isso não é decisivo para efeitos de aplicação do art. 6.º da CEDH. As indicações fornecidas pelo direito interno não possuem qualquer valor relativo ⁴³⁸.”

Na ótica do TEDH, a autoridade da concorrência italiana prossegue fins de interesse geral normalmente protegidos pelo direito penal, pelo que, as sanções aplicadas têm um escopo simultaneamente preventivo e punitivo. Consequentemente, o TEDH mostra-se empenhado em estender o âmbito material da CEDH a um espetro cada vez mais alargado de sujeitos (que não apenas as pessoas singulares) e de matérias (que não apenas as do direito penal, em sentido clássico). Isto significa também que, os particulares passam a beneficiar do reconhecimento de um acervo de direitos substantivos e

⁴³⁷ De acordo com um estudo citado por WOUTER P.J.W ob. cit.p. 11: “On the basis of a sample of 192 corporate participants of hard core global cartels fined between 1990 and January 2009, this study found a trend increase of fines over the 1990-2008 period of 8% per year, as well as, in addition to this trend, a 107% increase due to the introduction of the Commission’s 2006 Guide on fines”

⁴³⁸ “La Cour constate d’abord que les pratiques anticoncurrentielles reprochées en l’espèce à la société requérante ne constituent pas une infraction pénale aux sens du droit italien. (...) Cela n’est toutefois pas décisif aux fins de l’applicabilité de l’article 6 de la Convention, les indications que fournit le droit interne n’ayant qu’une valeur relative.” *vide* ponto 39 do aresto.

processuais, de caráter supranacional, bem como do alargamento dos mecanismos de tutela jurisdicional à sua disposição.

Após a adesão da UE ao sistema da Convenção, a conformidade das decisões das ANC e da Comissão Europeia com os *standards* definidos pelo TEDH poderão vir a ser desafiadas junto deste órgão jurisdicional.

Não obstante, importa salientar que, a possibilidade de recurso aos meios de tutela previstos no sistema da CEDH encontra-se sujeito a duas ordens de limitações. Por um lado, mostra-se condicionada pelo princípio da exaustão dos mecanismos jurisdicionais do direito interno e, por outro, pela natureza da sindicância que o TEDH pode fazer relativamente à aplicação do direito nacional e europeu da concorrência. Na verdade, o TEDH não tem competência para anular ou declarar inválida qualquer uma dessas decisões, mas apenas para avaliar a sua conformidade com a CEDH, avaliação que é suscetível de conduzir ou a uma (eventual) alteração legislativa ou a um processo de responsabilidade civil do Estado Membro, por violação das normas da CEDH.

Ao admitir, ao abrigo do mecanismo do art. 34.º daquela Convenção, a extensão do direito de queixa às pessoas coletivas o TEDH reconhece-lhes não apenas o exercício de prerrogativas processuais como as considera destinatários de direitos substantivos e processuais cuja violação se propõe apreciar.

A relevância da aplicação do artigo 6.º da CEDH a estes procedimentos reside no fato de se estabelecer, de forma clara e inequívoca, os patamares mínimos a que devem obedecer os processos instaurados pela Comissão e pelas ANC às empresas. Este argumento é tanto mais relevante quanto é sabido que, o Reg. CE n.º 1/2003 não contém indicações relativamente às normas ou às garantias processuais a aplicar no domínio dos procedimentos sancionatórios anticoncorrenciais, deixando essa matéria na esfera de liberdade e autonomia dos EM.

Tendo em conta o reforço dos poderes de investigação/sancionamento outorgados quer à Comissão, quer às ANC (instituído pelo modelo do Reg. CE n.º 1/2003) a jurisprudência do TEDH, vocacionada à tutela dos direitos

fundamentais e, muito particularmente, à das garantias de defesa, surge como um importante contra - peso no tocante ao exercício desses poderes. Essa jurisprudência constitui um reforço dos princípios da segurança e da certeza jurídicas na aplicação do direito europeu da concorrência, constituindo mais um passo no sentido da outorga e reconhecimento de direitos processuais aos entes coletivos.

Em nosso entender, a tendência revelada pela jurisprudência do TEDH, no sentido de qualificar as infracções às regras da concorrência como sanções “materialmente penais”, insere-se num contexto sistémico de alteração do paradigma do direito penal clássico e que tem suscitado acesas discussões doutrinárias (inclusivé em Portugal) acerca da fronteira entre o direito penal de justiça e o direito administrativo sancionatório.

A segunda metade do século XX trouxe à ciência do direito penal novos desafios, traduzidos na progressiva ampliação do seu campo de atuação a novas áreas que não se subsumem à tutela dos bens jurídicos individuais (mas que compreendem bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, como sejam, a informática, o consumo, a comunicação e o ambiente) e cuja severidade das sanções previstas e impostas reconduz – nos a um entendimento amplo do direito penal⁴³⁹.

O contexto sociológico que envolve a sociedade do risco fez emergir um novo paradigma que exige do estado um novo papel:

“ (...) exige um intervencionismo administrativo superior do Estado Social, o que parece exigir uma legislação imprecisa que permita a discricionariedade administrativa e, por outro lado, realça o protagonismo judiciário (...)”⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Sobre este tema, vide entre outros, na doutrina portuguesa VILELA, A. : *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

⁴⁴⁰ Tradução nossa do castelhano: “(...) demanda um intervencionismo administrativo superior del Estado Social, lo que parece exigir una legislación imprecisa que permita la discricionariedad administrativa, y por otro lado, realza el protagonismo judicial (...)” Vide DIEZ RIPOLLÈS, J.L.ob.cit.p.69.

A legislação carece de uma nova racionalidade legitimadora e que trace, simultaneamente, os limites e os contextos da sua aplicação pelos tribunais, sob pena de se subverterem os princípios democrático e da separação de poderes ao permitir uma ampliação do campo de atuação do judiciário.

Alexandra Vilela, situando a questão no âmbito ordenamento jurídico português e no papel do ilícito de mera ordenação social, assinala:

“O direito de mera ordenação social vive paredes meias com o direito penal (...). Quanto ao seu regime processual, obviamente, que ele igualmente se apresenta como portador de grandes afinidades com o direito penal. (...) O que implica - bom é de ver - que não pode existir um processo contra-ordenacional (...) que não tenha as suas regras processuais bem definidas (...)”⁴⁴¹.

Sousa Mendes assinala, por seu turno que, as empresas têm garantias e direitos de defesa nos procedimentos anticoncorrenciais, no entanto, o alcance dessas garantias é, nestes casos, necessariamente, mais limitado. Para justificar a sua posição, o autor advoga que no direito da concorrência existe um dever de colaboração das empresas com o regulador (o que não se verifica no direito penal clássico) e que, aqueles que pretendem desenvolver uma atividade económica têm que abdicar das “tradicionais garantias de protecção diante do estado”⁴⁴².

A teorização e as bases da racionalidade do direito europeu da concorrência têm sido, fundamentalmente, ancoradas na jurisprudência do TJUE. Essas linhas jurisprudenciais poderão, no futuro, condicionar a forma como as garantias de defesa serão aplicadas e decididas pelos tribunais dos EM num momento em que, a própria UE, se prepara para reforçar o papel do direito penal na prossecução das políticas europeias.

Efetivamente, em 2011, a Comissão Europeia apresentou um documento que contém as linhas gerais da política criminal da UE que a pretende situar num

⁴⁴¹ VILELA, A, ob. cit.p. 310.

⁴⁴² SOUSA MENDES, P. *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do TEDH*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro - Março de 2010, IDEF, Almedina, pp.121-143.

quadro de coerência, homogeneidade e de reforço da confiança recíprocas.⁴⁴³ Desse documento extrai-se que, o recurso ao direito penal (embora tido como opção de *ultima ratio*) pode vir ser um instrumento de prossecução das políticas da UE e justificar uma intervenção do legislador europeu em campos que podem ir desde a união aduaneira à protecção do ambiente e às regras do mercado interno.

O eventual reforço do papel do direito penal na política anticoncorrencial europeia não pode, todavia, ser efetuado à revelia dos direitos fundamentais e das garantias de defesa, entre as quais, a garantia *ne bis in idem* justificando-se, por isso, uma ampla reflexão a este nível.

2. A aplicação do *ne bis in idem* em direito da concorrência

No ordenamento jurídico europeu a origem do debate em torno do *ne bis in idem* encontra-se nas decisões jurisprudenciais proferidas em sede de competências administrativas da Comissão, mais concretamente, no domínio do direito da concorrência e das questões disciplinares atinentes ao Estatuto dos Funcionários da Comunidade (mormente, quanto à interpretação do art. 86.º, n.º 3 deste normativo).⁴⁴⁴ Isto explica-se, em parte, pelo fato de a UE, inicialmente, haver excluído o direito penal do seu núcleo de competências e haver-se consolidado, progressiva e fundamentalmente, como realidade e projeto económico, o que levou Mireille Delmas - Marty a referir-se à natureza estruturalmente antagónica da relação entre o direito penal e a UE ⁴⁴⁵.

O direito da concorrência foi, desde os tratados fundadores, um domínio particularmente dinâmico da integração europeia pelo papel que desempenhou na

⁴⁴³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM (2011) 573 final de 20.09.2011, consultada no sítio [www.eurlex.europa.eu](http://eurlex.europa.eu), em 17 de janeiro de 2014.

⁴⁴⁴ Reportamo-nos ao Caso *Gutman* em que o Tribunal de Justiça inaugurou a aplicação do *ne bis in idem* no campo do ordenamento comunitário - Acórdão de 5 de maio de 1966, *Gutmann vs. Comissão*, processos 18/65 e 35/65, disponível no sítio <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01001701.htm>, consultado em 11.05.09.

⁴⁴⁵ Vide, *Union Européenne et Droit Penal*, Cahiers De Droit Européen, 1997, Números 5-6, XXXIII, 608.

defesa e consolidação do mercado interno e pelo conjunto de atribuições outorgadas às instituições comunitárias (designadamente, à Comissão Europeia) relativamente à investigação e sancionamento das práticas anti-concorrenciais.

Estes poderes da Comissão conduziram a diversas investigações que levaram, subsequentemente, à instauração de inúmeros procedimentos contra os sujeitos económicos e culminaram na aplicação de elevadas sanções. Por esta razão, muitas empresas impugnam judicialmente tais decisões invocando, nomeadamente, a violação do princípio *ne bis in idem* que surge, neste contexto, como um direito e garantia de defesa e uma tentativa de colocar limites ao exercício desses poderes sancionatórios.

Foi, no entanto, a partir do casuísmo das decisões jurisprudenciais dos tribunais da UE que, o *ne bis in idem* europeu emergiu e se foi consolidando. Paulatinamente, os tribunais definiram o seu campo de aplicação e sedimentaram os respetivos critérios de interpretação. Trata-se, por isso, de um direito de origem pretoriana que, na dinâmica do contencioso europeu é invocado enquanto direito e garantia de defesa por violações ao direito da concorrência.

Importa, como tal, avaliar as manifestações do *ne bis in idem* neste âmbito, dado que, foi no direito da concorrência que se inaugurou a jurisprudência do TJUE a propósito dos poderes sancionatórios da (então denominada Comunidade Europeia) e da sua articulação com os poderes das autoridades nacionais.

Consequentemente, a nossa análise terá por base as decisões dos tribunais europeus e a argumentação desenvolvida pelos advogados gerais comparativamente à jurisprudência do TJUE relativa ao mesmo direito-garantia, no contexto do ELSJ.

O objetivo é proceder à identificação dos aspetos comuns e diferenciadores e questionar até que ponto se pode vislumbrar um modelo homogéneo e uniforme de garantias de defesa nestas duas áreas da integração, obtido a partir da CEDH e da CDFUE e desenvolvido à luz dos conceitos de *fair trial* e de *due process*. Pretende-se traçar, de maneira mais precisa, os contornos

daquele princípio e a forma como se manifesta em campos que não são os correspondentes à sua ontogenética, ou seja, fora do âmbito do direito penal (clássico ou de justiça) e da esfera dos sujeitos individuais. Visa-se ainda encontrar uma grelha de análise que possibilite uma hermenêutica coerente mas, suficientemente, flexível para acomodar essas distintas manifestações.

A importância do *ne bis in idem* enquanto direito e garantia de defesa resulta, não apenas da frequência com que as empresas o invocam junto dos órgãos jurisdicionais da UE mas, fundamentalmente, das características do acervo normativo europeu de direito da concorrência.

O Reg. CE n.º 1/2003 instituiu um sistema de competências paralelas entre as ANC e, entre estas e a Comissão, clarificando também o papel atribuído aos tribunais nacionais na aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, abrindo caminho, por esta via, à interposição de ações por danos emergentes decorrentes da violação das regras do direito da concorrência anteriores ou subsequentes a um procedimento da Comissão ou de uma ANC ⁴⁴⁶. Todavia, o regulamento não consagrou um mecanismo vinculativo de repartição de competências (na verdade, o legislador europeu optou pela introdução de normas de *soft law* que assumem, não um carácter vinculativo mas meramente indicativo) combinado com um sistema de comunicações à rede e de partilha e troca de informações. Destarte, o risco de conflitos negativos e positivos de competências coloca-se, de forma muito semelhante, à verificada no ELSJ.

Outro argumento que reforça, em nosso entender, a importância da dimensão garantística do *ne bis in idem* e a necessidade da sua configuração enquanto direito de defesa das empresas, neste tipo de procedimento, resulta do princípio da autonomia processual dos EM.

O princípio da autonomia processual surge como uma alternativa à via da harmonização legislativa, a qual foi, por vontade política dos EM, expressamente

⁴⁴⁶ Neste sentido, BRAMMER, S. : “*Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation*”, in *Common Market Law Review*, 42, 2005, The Netherlands, Kluwer Law International, pp. 1383-1424.

afastada neste campo da integração ⁴⁴⁷. Autonomia processual significa que, cada estado membro goza de inteira liberdade para aprovar a sua própria legislação substantiva e processual, em matéria de concorrência, desde que prossiga os fins previstos nos tratados. Dessa autonomia decorre que, no espaço alargado da UE, cada ANC e os tribunais nacionais aplicam as suas normas de procedimento e impõem as sanções previstas pelo ordenamento interno. Por esta razão, subsistem diversos regimes jurídicos na UE em matéria de concorrência, com as inerentes discrepâncias relativamente à natureza do procedimento, aos sujeitos passivos e ao tipo de sanções a aplicar. Enquanto nalguns sistemas nacionais apenas podem ser aplicadas sanções às empresas noutros, os indivíduos também podem ser sancionados (tal é o caso da França, Alemanha, Grécia, Irlanda e Espanha). Acresce ainda, no que concerne às sanções que, não só o respetivo limite como a forma de cálculo pode ser variável ⁴⁴⁸.

A falta de uma política legislativa assumidamente harmonizadora, em matéria de direito da concorrência e a ausência de um mecanismo de atribuição de competências jurisdicionais exclusivas, com carácter obrigatório, pode conduzir à sobreposição de procedimentos, contra as mesmas empresas, pelos mesmos fatos.

Neste contexto, torna-se premente a densificação dos elementos constituintes do *ne bis in idem* e a clarificação da sua aplicação neste setor de molde a salvaguardar a manutenção de um equilibrado nível de garantismo na UE.

⁴⁴⁷ Não obstante, o efeito direto reconhecido às normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE poder conduzir a um efeito harmonizador indireto daqueles normativos nos ordenamentos internos.

⁴⁴⁸ Vide, BRAMMER, S. ob. cit.p. 1412.

2.1. Contexto sistémico e fontes das garantias de defesa em direito europeu da concorrência

A premência de uma axiologia europeia, supranacional, com vista a uma interpretação coerente e congruente dos direitos fundamentais (entre os quais, o *ne bis in idem*) mostra-se reforçada pelo carácter vinculativo da CDFUE e pela necessidade de assegurar a sua convergência interpretativa com o *acquis* do TEDH e da CEDH, tal como sublinhado nas alegações da AG Kokott, no processo *Toshiba* ⁴⁴⁹.

No ponto 117) das alegações produzidas naquele acórdão, a AG Kokott salienta: “A interpretação e aplicação do princípio *ne bis in idem* de modo tão variável consoante o ramo do direito põe em risco a unidade da ordem jurídica da União. Da importância decisiva do princípio *ne bis in idem* como princípio básico do direito da União, com o estatuto de um direito fundamental, decorre que o seu conteúdo não deve ser substancialmente diferente em função do ramo do direito em causa. Para determinar as garantias conferidas pelo princípio *ne bis in idem*, tal como está atualmente codificado no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais, devem ser aplicados os mesmos critérios em todos os domínios do direito da União.”

As vantagens da criação de um modelo deontológico europeu de garantias de defesa prendem-se, sobretudo, com a necessidade de assegurar coerência e integridade à ordem jurídica da UE. Por esta via, as normas e princípios do direito da UE serão interpretados à luz de critérios comuns que assegurem o primado do ordenamento europeu sobre as normas nacionais garantindo, aos seus destinatários, um reforço da certeza e segurança jurídicas.

No ponto 118) das suas alegações, a AG Kokott assegura que: “Não há qualquer razão objetiva para sujeitar o princípio *ne bis in idem*, em direito da concorrência, a condições diferentes das aplicáveis noutros domínios. Do mesmo

⁴⁴⁹ Processo C-17/10 cujo acórdão foi proferido em 14.02.2012 e se encontra publicado no sítio <http://curia.europa.eu>.

modo que, no âmbito do artigo 54.º da CAAS, este princípio visa garantir a livre circulação dos cidadãos da União no território da União como ‘espaço de liberdade, segurança e justiça’, em direito da concorrência, ele contribui para melhorar e facilitar a atividade das empresas no mercado interno e, em última análise, para criar condições uniformes de concorrência em todo o EEE ou *level playing field*.

A delimitação do *ne bis in idem*, no âmbito da concorrência, carece de uma contextualização sistémica que explicita o modelo de repartição de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão, bem como, os poderes desta entidade, no tocante à defesa da livre concorrência e do mercado interno no espaço económico da UE.

2.2 O sistema europeu de “repartição de competências” em direito da concorrência e os cenários *ne bis in idem*

O Reg. CE n.º 1/2003 reformulou o sistema europeu da concorrência e alterou o papel quase monopolista da Comissão Europeia outorgando, às ANC, um papel igualmente importante e procurando garantir que essas regras são aplicadas de forma regular, consistente e uniforme em toda a UE ⁴⁵⁰.

A aprovação e entrada em vigor daquele regulamento, em 01 de maio de 2004⁴⁵¹, inaugurou uma nova etapa na evolução do direito europeu da concorrência e na articulação entre as autoridades nacionais e a Comissão Europeia, enquanto defensor(es) da livre concorrência no mercado interno. Isto porque, procedeu à descentralização da aplicação das normas constantes dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, distribuindo as respetivas competências pelas autoridades nacionais e pelos tribunais dos EM, pondo termo à exclusividade da Comissão na

⁴⁵⁰ Este regulamento veio revogar e substituir o anterior Reg. CE n.º 17/62 que assentava num modelo centralizador baseado na competência exclusiva da Comissão para emitir decisões prévias de isenção, durante um período de tempo limitado e através do recurso ao mecanismo de notificação prévia das empresas à Comissão.

⁴⁵¹ Vide, o J.O.L 1, de 04.01.2003, pp. 1-25.

aplicação das normas do direito europeu, ao mesmo tempo que consagrou a criação de uma rede europeia de autoridades da concorrência.

O Reg. CE n.º 1/2003 unificou os regimes jurídicos anteriores sob a égide de um normativo único e comum (designadamente, revogou o Reg. CE n.º 141 de 26 de novembro de 1962 que declarava o Reg. CE n.º 17/62 inaplicável ao sector dos transportes)⁴⁵².

Subjacente ao regulamento encontra-se uma filosofia de colaboração, troca e partilha de informações de cariz vertical (entre as autoridades/tribunais nacionais e a Comissão) e horizontal (de estas entre si) que permite tornar mais eficaz o combate às práticas anti-concorrenciais e alocar a competência sancionatória à(s) autoridades(s) melhor posicionada(s). Esta viragem na arquitectura institucional manifestou-se, pela primeira vez, embora de forma muito tímida, no Livro Verde sobre acordos verticais, com vista a uma abordagem mais económica e menos legalista da aplicação das normas do então denominado art. 81.º do TCE⁴⁵³.

Contudo, o fator determinante dessa mudança de rumo foi o Livro Branco da Comissão Europeia, de 28 de abril de 1999, sobre a modernização das regras de implementação dos artigos 85.º e 86.º do TCE⁴⁵⁴.

O processo de descentralização surgiu num contexto de convergência substantiva entre as legislações nacionais e a legislação europeia, em matéria de concorrência uma vez que, na maior parte dos EM, as leis internas aproximaram-se das previsões do TFUE⁴⁵⁵. Apesar disso, os EM gozam de uma margem de autonomia processual na definição da natureza jurídica do procedimento

⁴⁵² IDOT, L., : *Droit Communautaire de La Concurrence- le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 8.

⁴⁵³ Neste sentido, KOMNINOS, A.P. *Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective*, in *EC Competition Law - A critical Assessment*, AA.VV (edi. Amato, G. e Ehlermann, C.D. Hart) Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 629 – 673.

⁴⁵⁴ Vide, a versão em língua inglesa, Commission Program n.º 99/027, COM (1999), 101 final [1999] OJ C 132/1.

⁴⁵⁵ Na Lei n.º 19/2012 de 08 de maio (legislação portuguesa da concorrência) a tipificação dos ilícitos anticoncorrenciais é idêntica ao previsto nos tratados, vide arts. 9.º e 10.º.

anticoncorrencial e das regras processuais aplicáveis bem como quanto à configuração típica dos ilícitos, dos sujeitos e das sanções aplicáveis ⁴⁵⁶.

Descentralização significa, neste contexto, a delegação de competências tituladas por um órgão central, nas autoridades nacionais o que, em contrapartida, implica que esse órgão mantém a prerrogativa de avocar tais competências sempre que necessário.

A possibilidade das instâncias nacionais aplicarem o direito europeu da concorrência mostra-se, especificamente, prevista nos arts. 5.º e 6.º do Reg. CE n.º 1/2003 e decorre, naturalmente, do efeito direto dos arts. 101.º e 102.º do TFUE sobre os ordenamentos jurídicos internos ⁴⁵⁷.

Importa, todavia, efetuar a distinção entre as competências das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais. Por regra, as ANC são entidades administrativas dotadas de poderes de regulação, supervisão e de competências investigatórias e sancionatórias. Os tribunais nacionais, sendo instâncias jurisdicionais, centram a sua atuação a dois níveis: apreciam os recursos das decisões proferidas pelas autoridades administrativas e decidem as ações de indemnização a atribuir às vítimas dos comportamentos anti-concorrenciais.

Em Portugal, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão é competente para apreciar, em sede de recurso, a legalidade das decisões proferidas pela ANC, ao passo que, são os tribunais cíveis os competentes para apreciar e decidir as ações de responsabilidade civil, por danos causados pelo cometimento de práticas anticoncorrenciais ⁴⁵⁸.

Ao contrário das ANC os tribunais nacionais não integram a Rede Europeia de Autoridades da Concorrência, gozam de independência e autonomia jurisdicionais e, teoricamente, não podem ser submetidos a uma “coordenação”

⁴⁵⁶ Neste sentido, KOMNINOS, A.P.ob cit. p. 636.

⁴⁵⁷ A única exceção a estas competências alargadas reside na previsão do art. 29.º do texto do Reg. CE n.º 1/2003 que continua a ser uma prerrogativa exclusiva da Comissão Europeia.

⁴⁵⁸ Vide, os artigos 83.º e ss do capítulo IX, secção I da lei portuguesa da concorrência bem como os arts. 112.º, 117.º e 130.º, n.º 2 da Lei nº 62/2013 de 26.08. Em nosso entendimento e, contrariamente, ao que ficou consagrada na lei, também as acções por danos deveriam correr termos no Tribunal da Concorrência e Regulação, atenta a natureza especializada desta jurisdição.

nem receber “instruções” da Comissão Europeia, relativamente ao sentido da decisão a proferir nos processos que têm sob a sua esfera de competência.

O princípio da independência do poder judicial pode, na prática, colocar dificuldades de “concertação” estratégica no tocante à aplicação das normas dos Tratados e potenciar fenómenos de cumulação de responsabilidades, contra as mesmas empresas, respeitantes aos mesmos fatos, através das ações de responsabilidade por danos emergentes de práticas e acordos anticoncorrenciais

⁴⁵⁹.

Todavia, o Reg. CE n.º 1/2003, inspirado pela jurisprudência do TJUE, impôs um modelo de relacionamento e colaboração entre os tribunais nacionais e a Comissão, do qual resulta a natureza vinculativa das decisões do órgão europeu, relativamente aos primeiros, quando aplicam os arts. 101.º e 102.º do TFUE ⁴⁶⁰.

Neste novo quadro normativo, procurou-se atenuar o papel preponderante que o anterior sistema outorgava à Comissão Europeia na busca de um reequilíbrio entre as autoridades nacionais e a Comissão:

“As autoridades nacionais da concorrência e os tribunais nacionais são, atualmente os principais aplicadores do direito da concorrência ⁴⁶¹.”

É o art. 3.º do Reg. CE n.º 1/2003 que estabelece as linhas gerais da articulação entre a ordem jurídica europeia e as ordens jurídicas nacionais e que assentam em três eixos fundamentais:

i. a prevalência das normas do direito europeu da concorrência, sobre os normativos do direito interno;

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, vide RAFFAELI, E.A. *National judges and the application of Regulation 1/2003: Remarks and Proposals*, in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Competition Law Institute, Juris Publishing, Huntington, 2010, p. 237.

⁴⁶⁰ Previamente à entrada em vigor do Reg. CE n.º 1/2003, no caso *Delimitis v. Henniger Bräu*, C - 234/89, o TJUE salientava que, apesar das decisões da Comissão não revestirem caráter vinculativo, os tribunais nacionais deveriam levá-las em linha de conta quando decidissem os processos nacionais, evitando tomar decisões que as contrariassem. No caso de ainda não haver decisão da Comissão, o tribunal nacional deveria suspender o procedimento até a Comissão proferir uma decisão e, eventualmente, suscitar as suas dúvidas em sede de reenvio prejudicial. Entendimento semelhante veio a ser sufragado pelo TJUE no caso *Masterfoods*.

⁴⁶¹ “The national competition authorities and national courts are now the primary enforcers for antitrust enforcement.”, neste sentido, KOMNINOS, A.P.ob.cit. p. 650.

ii. a “primazia negativa do direito europeu” e que obsta a que, a legislação nacional proíba acordos, decisões e práticas concertadas que, nos termos do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, não sejam igualmente proibidos à luz da legislação europeia;

iii. a subsidiariedade das competências europeias em relação às nacionais e que permite aos EM aprovarem normas que visem a protecção de outros interesses legítimos ⁴⁶².

A norma do n.º 1 do art. 3.º do Reg. CE n.º 1/2003 é de índole processual e a do n.º 2 reveste, sobretudo, a natureza de norma de resolução de conflitos, cabendo ao art. 5.º definir o tipo de decisões que as ANC podem proferir ⁴⁶³.

Decorre da norma do n.º 1 do art. 3.º do mencionado regulamento que, as autoridades nacionais têm a obrigação de aplicar os arts. 101.º e 102.º do TFUE aos acordos e/ ou às práticas que violem aqueles normativos e sejam *suscetíveis de afetar o comércio entre EM* ⁴⁶⁴.

Por outro lado, a norma do art. 11º, n.º 6 estabelece que as ANC ficam privadas da sua competência sempre que a Comissão decida instaurar procedimento contra as mesmas empresas, pelos mesmos fatos, aplicando os arts. 101.º e 102.º do TFUE. No entanto, essa norma contempla apenas o nível vertical da atuação da Comissão, excluindo as relações horizontais entre as ANC bem como os tribunais nacionais.

Uma das lacunas apontadas ao modelo introduzido pelo Reg. CE n.º 1/2003 reside no facto deste não prever um mecanismo obrigatório de resolução de conflitos positivos ou negativos de competência e do seu bom funcionamento assentar, em grande medida, na boa vontade e na confiança mútua entre os

⁴⁶² Vide, ADRIÁN ARNAÍZ, A. E QUIJANO GONZALÉZ, J. ob. cit. p. 378.

⁴⁶³ Neste sentido, vide IDOT, L. ob. cit. p. 39.

⁴⁶⁴ Esta condição, de acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça, constitui o elemento ou o critério distintivo de repartição de competências entre o direito comunitário e o direito nacional, vide Acórdão *Grundig*, 58/64, de 13 de julho de 1966.

membros da rede, numa lógica de competências jurisdicionais concorrentes, tanto a nível vertical como horizontal ⁴⁶⁵.

Não obstante a tendência descentralizadora que lhe subjaz (no que concerne à aplicação do direito europeu da concorrência) o objetivo do regulamento é o de concentrar, numa única autoridade, as competências para a investigação e sancionamento de um determinado caso. Essa autoridade será, em regra, a que primeiro tiver tido conhecimento do acordo ou prática anticoncorrencial ou, aquela à qual tiver chegado em primeira linha, a denúncia. Nesta medida, a atribuição do caso a uma outra entidade (melhor posicionada) será excecional e a ponderar de acordo com os seguintes critérios: ⁴⁶⁶

- i. o acordo ou conduta tenha um efeito substancial direto (atual ou previsível) no território do estado membro em causa;
- ii. a ANC consiga, de forma efetiva, pôr termo ao acordo ou prática anticoncorrencial e aplicar as respectivas sanções;
- iii. a ANC consiga recolher as provas necessárias ao sancionamento da conduta.

Subjacente a estes critérios encontra-se um conceito de “conexão material” que fundamenta a competência para atuação da autoridade em causa.

No que tange aos possíveis conflitos negativos de competência (casos em que, nem a Comissão, nem nenhuma das autoridades nacionais da concorrência assumem a investigação do caso) não se encontra prevista qualquer norma que estatua quanto à forma de superar a omissão do sancionamento de práticas anticoncorrenciais. Na verdade, o regulamento prevê apenas, no preâmbulo 18) que a Comissão pode rejeitar uma denúncia se o caso não revelar interesse do ponto de vista da política anticoncorrencial europeia, ainda que nenhuma outra ANC proceda à investigação.

A filosofia do Reg. CE n.º 1/2003 baseia-se na supremacia da aplicação da legislação europeia, em detrimento da legislação nacional, consequentemente, o

⁴⁶⁵ Vide BRAMMER, S.: *Case allocation under regulation 1/2003*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 20

⁴⁶⁶ Vide, BRAMMER, S. ob. cit. p.1387.

critério da afetação do comércio entre EM constitui a fronteira que delimita a atuação de um e outro universo normativo ⁴⁶⁷.

A densificação deste critério foi sendo efetuada pela Comissão ⁴⁶⁸ e pelo TJUE ⁴⁶⁹. Nessa ponderação, as autoridades nacionais deverão tomar em linha de conta os seguintes critérios:

- i. o primeiro critério implica que haja um impacto no fluxo de bens ou serviços ou noutras formas de exercício da atividade económica envolvendo, pelo menos, dois EM;
- ii. em segundo lugar, deverá ser previsível, com elevado grau de probabilidade que, esse acordo ou prática tenha uma influência direta ou indireta no padrão de relacionamento comercial entre os EM;
- iii. o último critério reveste um carácter quantitativo, pelo que, o acordo ou a prática em causa deverão revestir alguma magnitude.

Na formulação do juízo relativo à “afetação do comércio entre EM” deverão ser tidos em conta, pelas ANC, um acervo de fatores qualitativos ou quantitativos, tais como, a natureza do acordo, os produtos ou serviços em causa, a posição e a importância das empresas, bem como, o quadro fático e normativo envolvido ⁴⁷⁰.

O critério da afetação do comércio entre EM cumpre uma dupla tarefa de cariz processual e de política legislativa. No tocante à primeira, trata-se de definir o quadro de relacionamento entre os arts. 101.º e 102.º do TFUE e os normativos das legislações nacionais e, quanto à segunda, a de explicitar os contornos dos acordos e práticas que podem alterar as condições da concorrência dentro do mercado interno ⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Vide, KOMNINOS, A.P. ob cit. p. 652.

⁴⁶⁸ Comunicação da Comissão – Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os EM previstos nos arts. 81.º e 82.º do Tratado, publicada no JO n.º C 101 de 27/04/2004, consultada no sítio www.eur-lex.europa.eu, em 16 de janeiro de 2014.

⁴⁶⁹ Reportamo-nos aos seguintes acórdãos: C - 56/65 *Société Technique Minière (LTM) vs Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, C -126/80 *Maria Salonia v Giorgio Poidomani et al*, C- 41/90 *Klaus Hofner and Fritz Elser v Macroton*.

⁴⁷⁰ Vide, IDOT, L., ob. cit.p. 44 e 45.

⁴⁷¹ ADRIÁN ARNAÍZ, A.J e Quijano Gonzalez, J, ob cit.p. 380.

A aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (à semelhança do que já sucedia com os anteriores artigos 81.º e 82.º do TCE) pelas autoridades nacionais da concorrência, tem suscitado controvérsias doutrinárias sobretudo, quando a prática concertada não é proibida à luz do direito europeu (por se mostrar incluída num regime de isenção) mas é o à luz do direito nacional.

O normativo do art. 3.º § 2, em conjugação com o considerando 8) do Reg. CE n.º 1/2003 pôs termo a esta controvérsia ao estatuir que: “ os acordos, decisões e práticas concertadas” são interpretados ao abrigo do direito europeu, pelo que, as autoridades nacionais não poderão sancionar os acordos, decisões ou práticas concertadas que não constituam infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE ⁴⁷².

Em contrapartida, no tocante aos atos unilaterais e às sanções individuais, os EM podem aplicar a legislação interna mais restritiva, de acordo com o art. 3.º § *in fine* do mencionado regulamento.

O regulamento define no art. 5.º, de modo taxativo, o tipo de decisão que as autoridades nacionais podem tomar, excluindo as decisões de compatibilidade entre o comportamento de determinado sujeito económico e as normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE porquanto, essa apreciação constitui competência exclusiva da Comissão ⁴⁷³.

Não obstante, importa sublinhar que, apesar do regulamento ter atribuído às autoridades nacionais competências para tomar as decisões previstas no referido art. 5.º, essas decisões não têm produzir efeitos preclusivos da intervenção de outras ANC. Isto significa que, os procedimentos instaurados pelas entidades

⁴⁷² Não obstante, em alguns casos pontuais, a Comissão admite que, uma ANC possa sancionar um acordo ou prática concertada, ao abrigo da sua legislação interna, ainda que se encontre abrangido por um regime de isenção, desde que, se demonstre que o acordo tem, não obstante, efeitos incompatíveis com o n.º 3 do art. 101.º do TFUE no território desse estado e esse possua todas as características de um mercado geográfico distinto, *vide* considerando 14) do Reg. CE n.º 1/2003.

⁴⁷³ “The Commission itself will retain the possibility of stating, by means of a decision, that a certain conduct does not infringe articles 81 and 82 of the Treaty (article 10). (...) the Commission argues that it needs this competence for setting out its views on competition law.”, veja-se HOSSENFELDER, S.: “*Reform of European Competition Law: Changes in the Cooperation between competition authorities and the effects on the sanctioning system*” in *Competition Law Sanctioning in the European Union - The EU law influence on the National Law System of Sanctions in the European Area*, Gerhard Dannecker and Oswald Jansen (eds.), Kluwer Law International, 2004, The Hague, pp.165 - 175.

nacionais em matéria de direito da concorrência valem apenas internamente e circunscrevem-se ao âmbito territorial de cada Estado Membro.

Aliás, no que se refere ao ordenamento jurídico português, o art. 2.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio estatui, no seu n.º 2 que, essa lei é aplicável às: “(...) práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.”

A delimitação da esfera de competências entre autoridades nacionais e europeias permite compreender o modo o *ne bis in idem* opera neste domínio, nomeadamente, no que toca à densificação do elemento *idem*.

Coloca-se aqui um problema semelhante ao que se passa, atualmente, no domínio do ELSJ, ou seja, por força do fenómeno da integração europeia e da interligação das economias, subsiste um risco acrescido de se verificarem duplicações de sancionamentos, por práticas anticoncorrenciais, contra os mesmos sujeitos, pelos mesmos fatos, iniciados por entidades distintas.

As organizações empresariais operam no mercado comum através do estabelecimento de uma complexa rede de ligações formais e informais e daí que, um acordo ou prática anti-concorrencial firmado num dado país da UE possa vir a repercutir-se no mercado de um ou outros EM ou em todo o mercado interno.

Todavia, à semelhança do que também ocorre no ELSJ, a UE não logrou estabelecer mecanismos formais que definam, com carácter obrigatório e vinculativo, a jurisdição e as autoridades competentes para investigar e sancionar essas práticas.

Assim sendo, as empresas correm um risco efetivo de enfrentar diversos procedimentos sancionatórios relativos ao mesmo acordo, decisão ou prática anti-concorrencial em três níveis distintos:

i. numa dimensão internacional, no tocante à duplicação de procedimentos e de sanções aplicadas às mesmas entidades, relativamente aos “mesmos fatos”, pela Comissão Europeia e por autoridades da concorrência de países não pertencentes à UE;

ii. quando estão em causa decisões e/ou processos instaurados, simultaneamente, pelas autoridades nacionais dos EM e pela Comissão Europeia (dimensão vertical) e ainda quando estão em causa procedimentos instaurados por ANC, com pretensões punitivas em relação às mesmas entidades e aos mesmos comportamentos anticoncorrenciais (dimensão horizontal).

iii. em terceiro e último lugar, atenta a natureza dos procedimentos, quando se cumulam as dimensões de *public e private enforcement* no tocante às ações por danos emergentes de ilícitos anticoncorrenciais.

3. A dimensão internacional do *ne bis in idem* em direito europeu da concorrência

3.1 *Ne bis in idem* e proporcionalidade das sanções anticoncorrenciais

Tem sido unanimemente sufragado pela doutrina a inexistência do *ne bis in idem* enquanto *ius cogens* internacional, isto apesar de, diversos instrumentos jurídicos de direito internacional contemplarem previsões nesta matéria. Para além do caso específico da ordem jurídica europeia (na qual se reconhece uma dimensão transfronteiriça e supranacional ao *ne bis in idem*) fora desta constelação, aquele continua a ser um princípio jurídico que opera, exclusivamente, no âmbito do direito interno, independentemente do fundamento axiológico que se lhe procure associar⁴⁷⁴.

A tradição jurisprudencial dos tribunais da UE tem vindo, sistematicamente, a negar uma dimensão internacional ao *ne bis in idem* em direito da concorrência, entendimento que tem sido mantido (pelo menos, desde a

⁴⁷⁴ No acórdão *Showa Denko*, o próprio TJUE, reafirma a ausência de um princípio internacional de direito público que imponha, designadamente, em nome da proporcionalidade ou da equidade, a tomada em consideração das coimas aplicadas, por outras jurisdições estaduais, fora do quadro da UE.

década de setenta) apesar das alterações verificadas no modelo institucional europeu de tutela da concorrência.

A questão do reconhecimento de uma dimensão internacional ao *ne bis in idem* encontra-se ligada à aplicação do princípio do desconto das sanções aplicadas às mesmas empresas, por jurisdições terceiras e concernentes aos mesmos acordos, decisões e práticas anticoncorrenciais.

Com efeito, já em 1972, no processo *Boehringer Mannheim vs. Comissão* o TJUE apreciou se as coimas aplicadas pelas autoridades *anti-trust* norte americanas poderiam ser deduzidas ao valor das coimas aplicadas, à mesma empresa, pela Comissão Europeia ⁴⁷⁵.

3.2 O Acórdão *Boehringer Mannheim vs. Comissão*

3.2.1 Enquadramento fático e a posição do TJUE⁴⁷⁶

Em 16 de julho de 1969, a Comissão Europeia aplicou à sociedade *Boehringer Mannheim GmbH* uma multa de 190 000 unidades de conta, por esta ter violado o artigo 85.º do Tratado CEE, posteriormente reduzida, por acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1970, proferido no processo 45/69, para o valor de 180 000 unidades de conta. Em 3 de julho de 1969, o *District Court* de Nova Iorque aplicou à sociedade *Boehringer* uma multa de 80 000 dólares, por esta ter violado as disposições do direito federal dos Estados Unidos da América, relativas à restrição da concorrência, multa que a recorrente pagou em 11 de julho de 1969. Por carta de 3 de setembro de 1969, a referida sociedade solicitou à Comissão que imputasse o valor da multa paga, nos Estados Unidos, no valor da que lhe foi aplicada pela Comissão de molde a reduzi-lo. O fundamento do pedido formulado pela recorrente prendia-se com a alegada violação, pela

⁴⁷⁵ Acórdão proferido no processo C-7/72, consultado no sítio: <http://www.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?iuri=CELEX:61972CJ0007:PT:PDF>, em 16.01.2014

⁴⁷⁶ Na versão disponível, no sítio consultado, a matéria de fato do acórdão não se mostra integralmente disponibilizada razão, pela qual, não foi transposta para esta sede.

Comissão Europeia, do princípio geral de direito que proíbe o cúmulo de sanções derivadas de um mesmo fato. Naquela perspectiva, a Comissão estaria adstrita a tomar em conta sanções que já teriam sido impostas, à mesma empresa, devido ao mesmo fato, quando se tratasse de sanções aplicadas por infração ao direito das *ententes* de um Estado-membro e, conseqüentemente, praticadas no território comunitário. Contudo, para o TJUE a questão dizia respeito à tomada em linha de conta de sanções aplicadas por autoridades da concorrência de países terceiros, *in casu*, as autoridades norte americanas. No acordão, o TJUE confirmou a posição da Comissão que recusou a aplicação desse “desconto”. O Tribunal situa a questão no domínio do princípio *ne bis in idem* (embora não o faça de forma expressa) e conclui que, esse princípio só se aplicará se, os fatos que estão na origem das duas sanções, forem “idênticos”. Na concretização dessa “identidade fática”, o Tribunal socorreu-se de um critério territorial para afastar a aplicação do princípio do desconto, invocando que, a questão do desconto da sanção norte -americana só se colocaria se, os acordos em causa, tivessem produzido os seus efeitos nos mesmos mercados geográficos: “No conjunto de acordos, distinguem-se, porém, no essencial, relativamente ao seu objeto e à sua localização territorial.”⁴⁷⁷

“A condenação comunitária visava fundamentalmente o «gentlemen's agreement», relativo à repartição de mercados no seio do mercado comum e na Grã-Bretanha, e ainda a limitação da produção de quinidina sintética em benefício das empresas Nedchem, Boehringer e Büchler. (...) A condenação sofrida nos Estados Unidos, embora baseada parcialmente nestes elementos, visava um conjunto mais amplo, incidindo, especialmente, no acordo relativo à casca de quina, à aquisição e repartição pela *entente* das reservas estratégicas americanas, bem como à aplicação consecutiva de preços de venda particularmente elevados nos Estados Unidos, até meados do ano de 1966.”

De acordo com a jurisprudência *Boehringer*, a prova da identidade material dos fatos cabia à recorrente, prova essa que aquela não efetuara. O Tribunal

⁴⁷⁷ Vide, ponto 4) do aresto mencionado.

concluiu que: “ (...) a recorrente não apresentou qualquer elemento suscetível de confirmar a tese segundo a qual a condenação proferida nos Estados Unidos teria visado atividades ou efeitos da *entente* diferentes daqueles produzidos neste país. Consequentemente, não ficou provado igualmente em relação a este aspeto, que os fatos censurados eram idênticos: “Portanto, não se deve imputar, mesmo parcialmente, o valor da multa aplicada à recorrente nos Estados Unidos, na multa de 180 000 unidades de conta a que foi condenada em razão da violação do artigo 85.º do Tratado.”⁴⁷⁸

3.3 O Acórdão *Showa Denko*

3.3.1 Enquadramento fático:

No Acórdão proferido no âmbito do processo C- 289/04, *Showa Denko KK vs. Comissão*, em 26 de junho de 2006, o TJUE debruçou-se, igualmente, sobre a temática da dimensão internacional do *ne bis in idem*, em direito da concorrência. Estava em causa a interposição de um recurso de anulação de um acórdão do Tribunal de 1ª Instância que confirmou a decisão da Comissão Europeia de aplicar elevadas sanções a um cartel internacional que operava no mercado dos eléctrodos de grafite.

Os fatos que estiveram na origem do recurso interposto foram os seguintes:

“1. Com a Decisão 2002/271/CE (...) a Comissão verificou a participação de várias empresas numa série de acordos e de práticas concertadas, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu [de 2 de maio de 1992 (a seguir ‘acordo EEE’), no sector dos eléctrodos de grafite;

6. Em 2001, nove produtores ocidentais forneceram eléctrodos de grafite ao mercado europeu: (...)

⁴⁷⁸ Vide, pontos 7) e 8) da decisão mencionada.

7. Em 5 de junho de 1997, nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento n.º 17 do Conselho (...), funcionários da Comissão realizaram investigações simultâneas e sem aviso prévio nas instalações de certos produtores de eléctrodos de grafite.

8. No mesmo dia, nos Estados Unidos, agentes do Federal Bureau of Investigation (FBI) executaram mandados de busca nas instalações de diversos produtores. Estas investigações levaram ao início de um processo penal por colusão contra a SGL (...). Todos os acusados admitiram a sua culpa relativamente às acusações e concordaram em pagar coimas, fixada em 135 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD) para a SGL (...)

10. Foram intentadas ações de indemnização (*triple damages*) nos Estados Unidos contra a SGL (...) por um grupo de adquirentes.

11. (...) Em junho de 1998, diversos produtores de aço do Canadá intentaram acções cíveis contra a SGL (...) por colusão.

12. Em 24 de janeiro de 2000, a Comissão enviou uma comunicação de acusações às empresas em causa. O procedimento administrativo levou à adoção, em 18 de julho de 2001, da decisão pela qual as empresas recorrentes (...) são criticadas por terem procedido, à escala mundial, a uma fixação dos preços e a uma compartimentação dos mercados nacionais e regionais do produto em causa segundo o princípio do ‘produtor nacional’: a SGL ficou responsável pelo Japão e por certas partes do Extremo Oriente (...)

13. (...) os princípios de base do acordo eram os seguintes:

- os preços para os eléctrodos de grafite deveriam ser fixados a nível mundial;

- as decisões relativas aos preços de cada empresa deveriam ser tomadas apenas pelo presidente ou pelos directores-gerais;

- o ‘produtor nacional’ deveria estabelecer o preço de mercado na sua área e os outros produtores deveriam ‘seguir-lo’;

- os preços deveriam ser decididos por consenso; no que se refere aos mercados ‘não nacionais’, ou seja, aos mercados em que não existia qualquer produtor ‘nacional’, os preços deveriam ser decididos por consenso;

- os produtores ‘não nacionais’ não deveriam concorrer de forma agressiva e abandonariam os mercados ‘nacionais’ dos outros produtores;

- não deveria ocorrer qualquer expansão de capacidade (os produtores japoneses deveriam reduzi-la);

- não deveria ocorrer qualquer transferência de tecnologia fora do círculo de produtores que participavam no cartel.

14. (...) os referidos princípios de base foram aplicados através de reuniões do cartel que tinham lugar a vários níveis: reuniões de ‘chefes’, reuniões ‘de trabalho’, reuniões do grupo dos produtores europeus (sem as empresas japonesas), reuniões nacionais ou regionais consagradas a mercados específicos e contatos bilaterais entre as empresas.

16. Com base nos fatos apurados e nas apreciações jurídicas efetuadas na decisão controvertida, a Comissão aplicou às empresas em causa coimas (...)

17. O artigo 3.º do dispositivo da decisão (...) fixa as seguintes coimas: (...) SDK: 17,4 milhões de EUR.”

3.3.2 Os argumentos da recorrente SDK e da Comissão Europeia

A recorrente SDK invocou, em apoio do seu recurso, quatro fundamentos:

- i. a errada tomada em conta de um «multiplicador de dissuasão» baseado no volume de negócios mundial;
- ii. a errada aplicação dos critérios relativos à determinação do «multiplicador de dissuasão»;
- iii. um erro de direito e fundamentação deficiente a respeito da tomada em consideração das coimas e das obrigações impostas à recorrente noutros Estados terceiros e;
- iv. a violação do direito fundamental da recorrente a um processo *equitativo*.

No que concerne ao primeiro argumento utilizado, a SDK alegou que a dimensão da empresa e o seu volume de negócios mundial (e não o realizado graças aos produtos aos quais diziam respeito os acordos entre as partes envolvidas no cartel) tinham sido já tomados em conta, pela Comissão, quando esta determinou as três categorias de coimas de base referentes às que tencionava aplicar às várias empresas em causa. Portanto, estes fatores não podiam justificar um específico aumento suplementar da coima. Para a recorrente, o «multiplicador de dissuasão» só poderia ser imposto por razões de dissuasão⁴⁷⁹.

Em contrapartida, a Comissão sustentou que, a coima aplicada à recorrente podia ter por base o volume de negócios mundial. Alegou também, invocando jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça que, as empresas de grande dimensão dispõem, geralmente, de recursos económicos mais elevados e de melhores conhecimentos do direito da concorrência do que as empresas de dimensão inferior. Por conseguinte, a uma infração cometida por uma empresa que dispõe de importantes recursos financeiros pode, em princípio, ser aplicada

⁴⁷⁹ Vide, o Acórdão do TJUE, processo C- 289/04, de 29 de junho de 2006, consultado no sítio <http://www.eur-lex/> em 12.06.2012.

uma coima proporcionalmente mais elevada do que a que seria aplicada à mesma infração cometida por uma empresa que não dispõe de tais recursos. A *SDK* alegou que, o Tribunal de 1ª Instância cometeu um erro de direito ao considerar que a Comissão podia, por um lado, tomar como base o volume de negócios mundial para calcular o montante de partida da coima e o «multiplicador de dissuasão» e, por outro, não tomar em conta o fato de a recorrente ter sido já objeto de procedimento sancionatório nos Estados Unidos, no Canadá e no Japão e de lhe terem sido já aplicadas coimas por estes Estados. De acordo com o entendimento perfilhado, as coimas pagas noutros Estados deveriam ser tomadas em consideração a fim de determinar o montante adicional da coima comunitária necessária para um efeito dissuasor adequado. A *SDK* defendeu, o Tribunal de 1ª Instância cometeu um erro de direito ao aprovar uma coima que envolvia uma contabilização dupla e que a mesma era desproporcionada, relativamente a qualquer efeito de dissuasão justificável.

Na apreciação do recurso, o TJUE confirmou a decisão do Tribunal de 1ª Instância com base em dois argumentos: a não violação dos princípios da equidade e da proporcionalidade na determinação das sanções pela Comissão Europeia e a inaplicabilidade, ao caso, do princípio *ne bis in idem*.

O afastamento da aplicação do *ne bis in idem* foi justificada, de acordo com esta jurisprudência, com base na particular configuração do elemento *idem*. O Tribunal afastou a aplicação deste princípio invocando que, não existia identidade fatural entre os elementos do processo europeu e os elementos do processo norte-americano recorrendo, para o efeito, à figura do “bem jurídico protegido” construção que constitui uma inovação relativamente à jurisprudência firmada, pelo mesmo Tribunal, no ELSJ. Partindo do princípio de que, as normas europeias visam a proteção da livre concorrência no interior do mercado comum (tal como previsto no artigo 3.º, n.º1 al. g) do TCE) o tribunal negou, de forma expressa, a dimensão internacional ao princípio *ne bis in idem* e a sua aplicação ao caso:

“(…) A este propósito, há que notar que, o exercício dos seus poderes pelas autoridades destes Estados encarregadas da protecção da livre concorrência, no quadro da respectiva competência territorial, obedece a exigências que são próprias aos referidos Estados. Com efeito, os elementos que subjazem aos ordenamentos jurídicos de outros Estados no domínio da concorrência, não apenas comportam finalidades e objetivos específicos, mas conduzem ainda à aprovação de normas materiais específicas e às mais variadas consequências jurídicas no domínio administrativo, penal ou cível, quando as autoridades dos referidos Estados tenham verificado a existência de infrações às regras aplicáveis em matéria de concorrência.”

De acordo com o entendimento propugnado pelo AG *Geelhoed*, nas alegações apresentadas em 19 de janeiro de 2006, não existe sobreposição de jurisdição entre as competências das autoridades europeias e as de países terceiros à UE, opinião também sufragada pelo Tribunal:

“No caso de um cartel que se situa num contexto internacional que se caracteriza pela intervenção, nos seus respectivos territórios de ordenamentos jurídicos de estados terceiros, o exercício dos poderes pelas autoridades destes estados encarregadas da protecção da livre concorrência, no quadro da respectiva competência territorial, obedece a exigências que são próprias aos referidos estados.”⁴⁸⁰ Mais adiante, no mesmo acórdão afirmou-se:

“Com efeito, em razão da especificidade do bem jurídico protegido a nível comunitário, as apreciações feitas pela Comissão, ao abrigo das suas competências, nesta matéria, podem divergir consideravelmente das efectuadas pelas autoridades de estados terceiros.” Finalmente, conclui aquele acórdão que: “(…) o princípio *ne bis in idem* não se aplica em situações nas quais os ordenamentos jurídicos e as autoridades da concorrência de estados terceiros intervieram no quadro das respetivas competências.”

⁴⁸⁰ Vide, pontos 50, 53, 55, 56.

Para além da recusa da aplicação do princípio *ne bis in idem*, o Tribunal foi ainda mais longe, ao recusar-se a efetuar a ponderação (reclamada por um dos participantes no cartel, a *SDK*) na medida da coima aplicada pela Comissão, das sanções aplicadas pelas autoridades estrangeiras. O Tribunal entendeu que a Comissão não estava vinculada, por força do princípio da proporcionalidade ou da equidade, a levar em linha de conta esses montantes: “Ao que acresce que foi também de forma juridicamente correta que este Tribunal concluiu pela inexistência de qualquer outro princípio jurídico que pudesse impor à Comissão o dever de tomar em conta os procedimentos e as coimas de que tenha sido objeto a recorrente em Estados terceiros. (...) não existe um princípio de direito internacional público que proíba às autoridades públicas, incluindo os tribunais, de Estados diferentes de procederem contra e condenarem uma pessoa singular ou colectiva, pelos mesmos factos pelos quais a referida pessoa foi já julgada noutro Estado. Refira-se ainda que também não existe um diploma convencional de direito internacional público, por força do qual, a Comissão pudesse ser obrigada, no momento da fixação de uma coima ao abrigo do artigo 15.º, n.º 2, do regulamento n.º 17, a tomar em conta as coimas aplicadas pelas autoridades de um Estado terceiro, no âmbito das respetivas competências em matéria do direito da concorrência.”

A jurisprudência do TJUE relativa à dimensão internacional do princípio *ne bis in idem*, permite extrair duas conclusões. A primeira é a de que o tribunal não autonomiza, concetualmente, o princípio do desconto do princípio *ne bis in idem* considerando-os, de forma indiferenciada, como as duas faces da mesma moeda. Por outro lado, nega ao *ne bis in idem* uma feição internacional⁴⁸¹ circunscrevendo-o ao âmbito puramente regional do mercado interno. O fundamento da recusa de reconhecimento da dimensão internacional do *ne bis in idem* reside na preservação da eficácia das normas europeias anticoncorrência e dos efeitos de prevenção que lhes estão associados.

⁴⁸¹ Internacional, do ponto de vista da ordem jurídica europeia, ou seja, relativamente a sistemas jurídicos de estados que não são membros da UE.

A construção teórica que sustenta a tese do TJUE radica na “identidade fática” que subjaz à aplicação do princípio *ne bis in idem*, ou seja, no elemento *idem*, o qual, é entendido a partir do bem jurídico ou na ótica do interesse jurídico legalmente protegido. Trata-se de uma visão restritiva e que diverge, totalmente, do entendimento sufragado pela jurisprudência firmada, pelo mesmo tribunal, no domínio do ELSJ. De acordo com essa linha jurisprudencial, o elemento *idem* era perspectivado na ótica do fato naturalístico, ou seja, independentemente de quaisquer considerações atinentes aos tipos incriminadores e aos bens jurídicos por estes tutelados.

Na jurisprudência *Van Esbroek* (Caso C-436/04), o elemento *idem* foi caracterizado como um conjunto de circunstâncias fáticas, inextricavelmente ligadas entre si (em termos espaciais, temporais e em função do respetivo objeto) independentemente, de quaisquer considerações de ordem legal, no tocante à classificação dos delitos. No ELSJ, o critério do bem jurídico é densificado, nestes moldes, a fim de possibilitar a operatividade do *ne bis in idem*, a qual, ficaria seriamente comprometida se o tribunal optasse por um critério legal, num espaço multijurisdicional alargado em que a harmonização das normas substantivas é incipiente.

Em contrapartida, no acórdão *Showa Denko* e no domínio da concorrência, o entendimento do TJUE aponta para um *idem* legal em detrimento de um *idem factum*. Ao considerar subjacente ao elemento *idem*, um critério de identidade de bem jurídico (de molde a afastá-lo nos casos de dimensão internacional), o tribunal restringe o escopo de aplicação do *ne bis in idem*. Concomitantemente, ao afirmar que, no contexto da legislação da concorrência, a ordem jurídica europeia tutela valores próprios (a liberdade comercial, a livre concorrência e o mercado interno) distintos da ordem jurídica norte americana, afasta o princípio da unidade da ação repressiva como fundamento de aplicação internacional do *ne bis in idem*.

Contudo, estas não são as únicas conclusões que se podem extrair do acórdão *Showa Denko*. Subjacente à argumentação do TJUE encontra-se também

o afastamento expresso do princípio da proporcionalidade que constitui um princípio estruturante dos ordenamentos jurídicos modernos.

O princípio da proporcionalidade constitui um princípio de aplicação transversal à atividade punitiva das entidades públicas afetando, não apenas o âmbito penal e processual, mas todas as áreas da intervenção jurídica do estado e, em torno do qual, existe um consenso acerca da sua natureza enquanto princípio geral de direito, que deve inspirar a elaboração da leis e nortear a interpretação das normas a efetuar pelos Tribunais ⁴⁸².

A ideia de proporcionalidade (ou proibição do excesso), traduzida nos sub-princípios de idoneidade, necessidade e exigibilidade da intervenção aplica-se ao direito da concorrência, uma vez que, este constitui direito sancionatório, no âmbito do qual, a Comissão Europeia e as ANC atuam no uso de uma *potestas*.

Além do mais, o princípio da proporcionalidade tem acompanhado o processo de integração europeia e sido reconhecido como um dos princípios gerais de direito europeu ⁴⁸³ mostrando-se consagrado, com dimensão constituinte, nos arts. 49.º, n.º 3 da CDFUE e no art. 5.º, n.º 4 do TFUE. Acresce ainda que, o preâmbulo do Reg. CE n.º 1/2003 assinala que, a sua aplicação respeita os direitos fundamentais. Por estas razões, quando o TJUE, efetua um juízo de ponderação acerca do montante da(s) coima(s) aplicada(s) em matéria de concorrência às empresas, não pode afastar de imediato a aplicação de um teste de proporcionalidade.

A proporcionalidade vincula não só as autoridades da concorrência no momento da aplicação da coima como o órgão jurisdicional europeu quando aprecia o recurso da empresa relativamente ao valor dessa coima. Trata-se de uma exigência do princípio da tutela judicial efetiva previsto no art. 19.º do TFUE.

“(…) quando o órgão administrativo tem a faculdade de determinar a sanção que considere adequada dentro dos limites legais, o princípio da

⁴⁸² DE LA MATA, B. ob. cit. p. 84.

⁴⁸³ Neste sentido, AGUADO-CORREA, T.ob.cit.p.59.

proporcionalidade obriga-o a tomar em conta as circunstâncias objetivas e subjetivas que rodeiam a infração, evitando que a discricionariedade vá para além dos fatos determinantes do ato administrativo (...) ⁴⁸⁴.”

Em nosso entendimento, o Tribunal não está dispensado de efetuar um juízo de adequação e proporcionalidade da coima aplicada, à luz da natureza e gravidade da infração anticoncorrencial praticada. O triplo teste a aplicar pelo Tribunal deve ponderar a idoneidade da sanção (ou seja, a aptidão do meio atendendo ao fim visado) bem como a necessidade e a exigibilidade da intervenção. Ainda que, o Tribunal entenda que o *ne bis in idem* não é aplicável quando estão em causa procedimentos paralelos, respeitantes às mesmas entidades e, relativamente aos mesmos fatos, por entidades exteriores à UE, deve sustentar a sua decisão nesse teste de proporcionalidade. Trata-se de uma exigência de conformidade com o *rule of law* e constitui uma consequência natural da vinculação e do compromisso da UE e das suas instituições com as garantias de defesa das empresas.

O princípio do desconto está, atualmente, presente em legislações penais de diversos estados membros. Subjacente a esse princípio encontra-se a ideia de justiça material de acordo com a qual, as privações da liberdade que o agente já tenha sofrido (em razão do fato ou dos fatos que integram ou deveriam integrar o objeto de um processo penal) devem ser imputadas ou descontadas na pena a que, naquele processo, o agente venha a ser condenado ⁴⁸⁵.

Quando transposto para o âmbito transnacional, o princípio do desconto pressupõe o reconhecimento das decisões proferidas pelas autoridades estrangeiras e a tomada em consideração, na segunda decisão, do teor e conteúdo da decisão anterior.

⁴⁸⁴ Tradução nossa do castelhano: “(...) cuando el órgano administrativo tenga facultad para determinar la sanción que estime adecuada dentro del límite máximo señalado por la ley, el juego del principio de proporcionalidade le obliga a tomar en cuenta tanto las circunstancias objectivas como las subjectivas que rodean la infracción, evitando que se ejercitase la discricionalidad más allá de lo que consiente los echos determinantes de lo acto administrativo (...)” Vide, AGUADO-CORREA, T.ob. cit. p.86.

⁴⁸⁵ DIAS, F. J.: *Direito Penal Português Parte Geral II - As consequências jurídicas do crime*, 1993, Lisboa, Aequitas- Editorial Notícias, pp. 297.

No âmbito do ELSJ, a Comunicação da Comissão ao Conselho estabelece um elo entre o *ne bis in idem* e o princípio do desconto ou *Anrechnungsprinzip*: “A legislação atualmente em vigor nos Estados-Membros parece basear-se numa de duas formas deste princípio. Por vezes, quando já foi adoptada uma decisão de condenação de um determinado ato noutro país, a nova decisão a adotar deve tomar em consideração a primeira decisão, de modo a conduzir a uma redução da sanção - *Anrechnungsprinzip*, ou princípio da tomada em consideração⁴⁸⁶.”

Apesar da origem do princípio do desconto radicar no direito penal e se encontrar intimamente relacionada com a temática da execução das penas, quando transposto para o ELSJ este surge, indissociavelmente, ligado ao princípio *ne bis in idem* e à temática do reconhecimento mútuo.

O *ne bis in idem* assume uma dupla dimensão: processual e substantiva.

A primeira dimensão proíbe um segundo procedimento, contra a mesma pessoa, pelos mesmos fatos (nas suas dimensões processuais surge, em regra, associado ao caso julgado e à litispendência). Na vertente substantiva, determina a impossibilidade de sancionar a mesma pessoa mais do que uma vez pelos mesmos fatos⁴⁸⁷.

Esta vertente do *ne bis in idem* (a proibição do duplo sancionamento) está alicerçada nos princípios da culpa e da segurança jurídica, às quais, por seu turno, subjazem conceções de proporcionalidade e equidade.

Uma vez afastada (por força da matriz estrutural do direito europeu da concorrência assente num sistema de repartição de competências) uma conceção do *ne bis in idem* enquanto princípio da preclusão do procedimento

⁴⁸⁶ Vide, a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal, (COM/2000/0495), consultada no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0495:PT:HTML>, em 21 de Maio de 2012.

⁴⁸⁷ PEITEADO MARISCAL, P., *El reconocimiento mútuo Y la eficacia directa de las resoluciones penales* in *El derecho procesal penal en la Union Europea - tendencias actuales y perspectivas de futuro*, AA.VV (coord. Armenta Deu, T., Cascon Inchausti, F., Cedenro Hernan, M.), Editora Colex, 2006, pp.179-207.

sancionatório, em sentido estrito, resta admitir a operatividade da sua configuração enquanto princípio do desconto⁴⁸⁸.

Para esse efeito, importa atentar no sistema europeu de cálculo das coimas em direito da concorrência

O quadro legal que enforma, atualmente, no direito europeu da concorrência a aplicação das coimas, pela Comissão Europeia, mostra-se espelhado no art. 23.º do Reg. CE nº. 1/2003. Todavia, para além desse normativo, há que considerar dois documentos, produzidos por aquele organismo, num dos quais se explicita a aplicação das normas contidas no artigo 23.º⁴⁸⁹ e, no outro, se define a forma de cálculo do volume de vendas das empresas e das associações de empresas⁴⁹⁰.

De acordo com as orientações gerais definidas pela Comissão, a coima resultará da combinação do valor de vendas relacionadas com a infração e a sua duração (ponto 5). A Comissão terá em conta a duração e a gravidade da prática e /ou do acordo anticoncorrencial (art. 23.º, n.º 2), uma vez que, tais coimas não têm apenas efeitos dissuasores reportados à infração concreta (efeito dissuasivo específico) mas funcionam numa lógica mais abrangente que procura ir ao encontro dos objetivos prosseguidos pela União, no âmbito da uma política europeia de combate às práticas violadoras do direito da concorrência (efeito dissuasivo geral).

Numa primeira etapa, a Comissão começa por determinar o montante mínimo a aplicar a cada uma das empresas, a partir do volume de vendas. Num segundo momento, a Comissão poderá ajustar este montante de base (elevando-o ou reduzindo) ponderando as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas na

⁴⁸⁸ “Por último, el principio de seguridad jurídica impede que una misma persona por el mismo hecho y con el mismo fundamento pueda ser sometida dos veces a enjuiciamiento; este fundamento impide que puedan coexistir dos sanciones (...). (...) el principio de culpabilidad y el principio de seguridad jurídica son los que suportan la prohibición del *non bis in idem* en sus diversas formas en las que puede presentarse.” in BARJA DE QUIROGA, J. L. *El principio non bis in idem*, in Quadernos Luis Jimenez de Asua“, (coleccion dirigida por Jaen Vallejo, M., Moreno y Bravo, E., Silva Castano, M.L), Dykinson, 2004, pp. 20 - 95

⁴⁸⁹ A própria Comissão atualizou, em 2006, através do documento (2006 C- 210/02) publicado no JO de 01.09.2006, as Orientações Gerais que devem presidir à aplicação das coimas.

⁴⁹⁰ Vide, Turnover Calculation Notice, Annex 9, Commission Notice on calculation of turnover, publicado no J.O 1998, No C - 66/25.

secção 2 ⁴⁹¹. O montante de base da coima está ligado a esse volume de vendas (determinado em função do grau de gravidade da infração e multiplicado pelo número de anos em que essa infração perdurou).

A apreciação da gravidade será feita numa base casuística para cada tipo de infração tendo em conta as circunstâncias relevantes do caso. Por outro lado, o pedido de clemência efetuado por uma empresa membro de um cartel ou a sua participação num procedimento de transação poderá conduzir, no primeiro caso, a uma eventual isenção de coima e, no segundo caso, à redução do seu montante.

Todavia, nem o Reg. CE n.º 1/2003 nem as Orientações para o cálculo das coimas prevêem a possibilidade de incluir (total ou parcial) as sanções aplicadas noutros ordenamentos terceiros, para efeitos de desconto na coima aplicada no procedimento de direito europeu.

Em nosso entendimento, o *ne bis in idem* deve assumir um largo expetito e manifestar-se em momentos distintos do(s) procedimento(s) sancionatório(s).

Se, do ponto de vista do direito interno, pode ser entendido como um princípio de preclusão da duplicação ou da multiplicação da ação sancionatória, cuja operacionalidade impede *ab initio* a instauração de um segundo processo, pelos mesmos fatos, contra os mesmos sujeitos, na vertente transnacional e supranacional já não poderá produzir esse efeito preclusivo mas operará, tão-somente, na fase de aplicação da sanção, enquanto expressão de equidade e proporcionalidade.

Conforme já explicado no capítulo antecedente, o *ne bis in idem* não preclui os procedimentos paralelos, contra os mesmos sujeitos, relativos aos mesmos acordos ou práticas anticoncorrenciais, instaurados pelas ANC e/ou por estas e pela Comissão. Se o *ne bis in idem*, no direito da concorrência, não impede a coexistência plural de procedimentos sancionatórios, importa avaliar,

⁴⁹¹ Os factores agravantes poderão ser o papel de líder no cartel, a reincidência ou a obstrução da investigação. No que concerne aos factores atenuantes a coima poderá ser reduzida se o envolvimento da empresa foi limitado e ainda se a legislação ou as autoridades incentivaram a infração, *vide*, neste sentido o documento “Coimas por infração ao direito da concorrência” no sítio <http://www.ec.europa.eu>, consultado em 18.02.2014.

em que medida, as exigências de equidade e de proporcionalidade podem operar na fase de aplicação das sanções.

O cálculo das coimas, apesar de obedecer a critérios pré-estabelecidos pela Comissão que têm em conta, designadamente, a duração e a gravidade das condutas suscita o problema da colisão com o *ne bis in idem* na dimensão da proibição do duplo/múltiplo sancionamento.

No contencioso europeu da concorrência, as empresas alegam que a consideração do volume de negócios mundial e a inaplicabilidade do princípio do desconto viola o *ne bis in idem* porquanto, a Comissão não leva em linha de conta as sanções que lhes foram aplicadas por estados terceiros à UE, pelos mesmos acordos, decisões e/ou práticas anticoncorrenciais.

Consequentemente, numa futura revisão do regime jurídico que define as Orientações para o cálculo das coimas deverá ser ponderada a inclusão de um fator atenuante ou um fator de proporcionalidade que permita atender ao(s) montantes já pagos pelas empresas, noutras jurisdições, em relação aos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais.

Por outro lado, também as legislações nacionais poderão (ao abrigo dos princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da autonomia processual dos EM) vir a consagrar mecanismos que permitam às ANC tomar em linha de conta as sanções aplicadas, às mesmas empresas, quanto aos mesmos fatos, noutras jurisdições.

4. As competências da Comissão e das ANC – as dimensões vertical e horizontal do *ne bis in idem*

Neste capítulo analisaremos o modo como se articulam as competências entre autoridades nacionais, entre estas e a Comissão Europeia, bem como entre a Comissão e os tribunais nacionais e qual o seu impacto no princípio *ne bis in idem*, a partir dos dois elementos que enformam aquele conceito: o *bis* e o *idem*.

O Reg. CE n.º 1/2003 contém um conjunto de regras que definem o modo como as autoridades nacionais da concorrência e a Comissão Europeia se relacionam com vista a uma aplicação coerente e uniforme do direito europeu da concorrência, relacionamento impulsionado pelo efeito direto dos arts. 101.º e 102.º do TFUE nos ordenamentos jurídicos estaduais.

Todavia, duas das características deste sistema residem no fato da colaboração entre ANC ser voluntária e das regras de coordenação, previstas no regulamento, não revestirem caráter vinculativo e, por outro, da Comissão Europeia continuar a assumir um papel preponderante.

No que concerne ao relacionamento entre ANC (dimensão horizontal) o Reg. CE n.º1/2003 não prevê um mecanismo de escolha / atribuição obrigatória de jurisdição. Quer o texto do regulamento (considerando 22.) quer o conteúdo da Comunicação da Comissão sobre a Cooperação, no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/ C-101/03) sublinham que se trata de um “sistema de competências paralelas”, *vide* ponto 5 ⁴⁹².

No entanto, apesar da “descentralização”⁴⁹³ de competências investigatórias/sancionatórias, o regulamento procurou estabelecer diversos mecanismos de aproximação e concertação entre as entidades envolvidas, a fim de prevenir a duplicação dos procedimentos e evitar decisões contraditórias. Esses mecanismos poderão conduzir a uma “reatribuição de competências investigatórias/sancionatórias” à luz do conceito de “autoridade melhor posicionada”, como se prevê no considerando 7) da Comunicação da Comissão. Decorre ainda do regulamento (mais, concretamente, do considerando 9.) que, os EM podem aplicar, no seu território, a legislação nacional que proteja outros interesses legítimos desde que, essa legislação, seja compatível com os princípios gerais e outras disposições do direito europeu. Esta prerrogativa estadual indicia que, no domínio da concorrência, o quadro legal em vigor admite a possibilidade de duplicação de procedimentos e de sanções, relativamente, aos mesmos

⁴⁹² Publicada no JO C- 101/43 de 27.04.2004.

⁴⁹³ *Vide*, IDOT, L. ob.cit.p. 51.

sujeitos económicos e aos mesmos comportamentos anti-concorrenciais, quando estiver em causa a tutela dos interesses protegidos pela legislação nacional.

A jurisprudência do TJUE interpreta restritivamente o elemento *idem* salientando que, o conceito de “mesmos fatos” deverá ter em conta o interesse legalmente protegido e um critério geográfico-territorial. Consequentemente, cada ANC aplica (para além do direito europeu) o respetivo direito interno e a sua decisão circunscreve-se ao território nacional, não revestindo carácter *erga omnes*.

De acordo com o disposto nos números 3) e 4) do artigo 11.º do Reg. CE n.º 1/2003 as autoridades nacionais devem comunicar, por escrito, à Comissão, a sua intenção de agir em conformidade com os artigos 101.º e 102.º do TFUE e, nos trinta dias imediatamente anteriores à tomada de qualquer posição nesta matéria comunicá-lo, também por escrito, àquela entidade e às demais autoridades nacionais de outros EM. Esta informação escrita é veiculada aos membros da Rede Europeia da Concorrência, através do preenchimento de um formulário electrónico ⁴⁹⁴.

A comunicação desta intenção prévia leva a que as autoridades nacionais comuniquem entre si e acordem, eventualmente, quanto a uma possível reatribuição do caso (à autoridade que melhor estiver posicionada) ou, se for caso disso, à prossecução de atuações paralelas. Por outro lado, o mecanismo de comunicações internas dentro da REC habilita a Comissão a supervisionar as actividades das ANC que possam conduzir à aplicação das normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE ⁴⁹⁵.

Conforme aludido, o art. 5.º do Reg. CE n.º 1/2003 concretiza o tipo de decisão que as ANC’s podem tomar reservando em exclusivo, à Comissão, as relativas à compatibilidade dos acordos entre empresas ou de certas práticas com os arts. 101.º e 102.º do TFUE.

⁴⁹⁴ Vide, ponto 17 da Comunicação da Comissão ao Conselho identificada na nota 492.

⁴⁹⁵ HOSSENFELDER, S. *Reform of European Competition Law: Changes in the Cooperation Between Competition Authorities and the effects on the sanctioning system* in Competition Law Sanctioning in the European Union, The EU Law Influence on the National Law Systems of Sanctions in the European Area (Gerhard Dannecker and Oswald Jansen ed.), The Netherlands, Kluwer Law International, 2004.

Após a comunicação de início de um procedimento efetuada à rede, a Comissão pode tomar uma de duas opções: concertar-se com a autoridade nacional, a fim de garantir uma aplicação coerente e uniforme do direito europeu ou avocar o processo. Neste último caso, a decisão da Comissão priva a autoridade nacional da aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE mas não a priva da competência para aplicar o seu próprio direito interno, tal como resulta do Art. 11.º, n.º 6 do regulamento.

A privação da competência da autoridade nacional significa que esta não pode agir, ao abrigo da mesma base jurídica, contra os mesmos acordos ou práticas das mesmas empresas, nos mesmos mercados geográficos e de produto relevantes (*vide* considerando 51. da comunicação da Comissão). Todavia, esta previsão refere-se apenas à aplicação do direito europeu, não precludindo a atuação daquelas entidades no tocante ao direito nacional.

Em contrapartida, a Comissão avoca a condução do(s) procedimento(s) quando uma ou mais ANC informam a rede, nos termos do número 3 do art. 11.º do Regulamento, de que estão a investigar determinado caso e a Comissão preveja que:

- i. os membros da rede venham a adoptar decisões contraditórias no mesmo processo;
- ii. tomem uma decisão que contraria a jurisprudência consolidada e as normas definidas na legislação europeia;
- iii. atrasem indevidamente o processo ou;
- iv. se torne necessário uma decisão da Comissão para desenvolver a política comunitária da concorrência⁴⁹⁶.

O art. 13.º do regulamento contém também uma cláusula de suspensão dos procedimentos e /ou rejeição de denúncias, quando outras autoridades ou a Comissão já estejam a instruir um procedimento que envolva os mesmos acordos e /ou práticas:

⁴⁹⁶ *Vide*, considerando 54 da Comunicação da Comissão.

“1. Caso as autoridades responsáveis em matéria de concorrência de dois ou mais Estados – Membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo, nos termos do art. 81.º e 82.º do Tratado, contra o mesmo acordo, decisão de associação ou prática, a instrução de um processo por parte de uma autoridade, constitui, para as restantes autoridades, *motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia*. A Comissão pode igualmente, *rejeitar uma denúncia* com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está já a instruir o processo ⁴⁹⁷”.

Não obstante, e de acordo com a jurisprudência do TJUE, não estamos perante uma norma injuntiva mas apenas perante uma possibilidade que cada ANC deve ponderar tal como, recentemente, reafirmado pelo Acórdão *Toshiba Vs. Comissão*.

Assim sendo, a configuração estrutural dos papéis e das competências de cada autoridade, tal como espelhada no regulamento, apesar de revestir um carácter eminentemente descentralizador aponta, ainda assim, para a manutenção do papel preponderante da Comissão ⁴⁹⁸.

Incumbe avaliar quais os critérios que presidem à distribuição de competências entre as ANC e a Comissão e, destas entre si, bem como as decisões que as ANC podem tomar, com vista a uma aplicação uniforme do direito europeu da concorrência.

⁴⁹⁷ Publicado no JO de 04.01.2003.

⁴⁹⁸ De acordo com os peritos envolvidos na conceção do Reg. CE n.º 1/2003, a rede europeia de autoridades nacionais da concorrência reveste uma natureza cooperativa e é composta por atores institucionais colocados ao mesmo nível, cabendo à Comissão europeia a maior responsabilidade mas não a exclusividade no desenvolvimento consistente e eficiente da política europeia de concorrência, *vide* HOSSENFELDER, S. ob. cit. p. 172.

4.1 Os limites da intervenção das ANC na aplicação do direito europeu da concorrência

4.1.1 Enquadramento fático do Acórdão *Telekomunikacja Polska SA*

A descentralização⁴⁹⁹ da aplicação do direito da concorrência na UE efetuou-se através da introdução de três mecanismos previstos no Reg. CE n.º 1/2003:

- i. a atribuição direta de competências às ANC e aos tribunais nacionais, relativamente à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TUE,
- ii. a obrigatoriedade dessas entidades procederem à aplicação das normas (num contexto de delimitação entre o âmbito de aplicação do direito interno e do direito europeu de acordo com o primado do direito europeu) sempre que tenham conhecimento de práticas anti-concorrenciais violadores da legislação europeia;
- iii. finalmente, através do estabelecimento de mecanismos “informais” (designadamente, troca de informações e notificação prévia do início de procedimentos sancionatórios) para facilitar a cooperação dentro da rede europeia e o controlo do trabalho das ANC, de molde a garantir a aplicação coerente e uniforme do direito europeu da concorrência⁵⁰⁰.

Tanto o Reg. CE n.º 1/2003 como a Comunicação da Comissão relativa à Cooperação dentro da Rede Europeia contém um elenco de normativos destinados a prevenir o risco de sobreposição de procedimentos sancionatórios (embora, como já salientamos, sem carácter vinculativo):

- i. a notificação pelas ANC e pela Comissão do início das investigações;

⁴⁹⁹ De acordo com a posição subscrita pelo AG *Ján Mazák*, nas alegações proferidas no processo C-375/09, o sistema é assimétrico e de centralização encoberta, uma vez que, apesar das ANC serem responsáveis pela aplicação do direito da concorrência da UE isso não retira à Comissão, o papel de liderança e de supervisão estratégica, *vide* nota 42.

⁵⁰⁰ Referimo-nos, por exemplo, às normas dos artigos 11.º, 12.º, 15.º e 16.º do regulamento.

- ii. a partilha e a troca de informações;
- iii. a alocação de competências à entidade melhor posicionada;
- iv. o mecanismo de aconselhamento da Comissão dirigido às ANC e aos tribunais nacionais.

Não obstante a introdução de mecanismos “preventivos” (no que concerne à sobreposição de procedimentos investigatórios e sancionatórios) o funcionamento do sistema comporta riscos, do ponto de vista das garantias dos visados, dado que, o modelo instituído (ao respeitar a autonomia processual dos EM) pode conduzir a resultados aleatórios considerando que, cada ANC investiga e sanciona de acordo com o seu direito interno.

Consequentemente, pode colocar-se a questão da violação do *ne bis in idem* no tocante à aplicação de mais do que uma sanção, por diferentes ANC, relativamente, à(s) mesma(s) empresa(s) em virtude do(s) mesmo(s) acordo(s) ou prática(s) anticoncorrencial.

Assim, o papel interpretativo e precursor da jurisprudência europeia, continua a ser essencial para balizar os termos do relacionamento entre as ANC, os órgãos jurisdicionais nacionais e a Comissão Europeia.

No processo C-375/09, o Supremo Tribunal polaco colocou ao TJUE duas questões prejudiciais atinentes ao âmbito de aplicação do art. 5.º do regulamento. Em causa estava o modo como uma autoridade nacional da concorrência pode pôr termo a um procedimento administrativo quando, ao aplicar o direito da concorrência da UE paralelamente ao direito nacional conclui que, a prática de uma determinada empresa não viola a proibição de exploração abusiva de uma posição dominante, prevista no art. 102.º do TUE:

“1. Deve o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003 ser interpretado no sentido de que uma ANC não pode adoptar uma decisão que conclua pela inexistência de uma prática restritiva da concorrência, na aceção do art. 102º do TUE, quando considerar, no fim do procedimento, que a empresa não violou a proibição dos abusos de posição dominante que resulta desta disposição do Tratado?

2. (...) na hipótese de as disposições do direito nacional da concorrência habilitarem a ANC a encerrar um procedimento em matéria de repressão de práticas anticoncorrenciais (...) deve o artigo 5º do Regulamento 1/2003 ser interpretado no sentido de que constitui a base jurídica direta para a adoção, por esse órgão, de uma decisão de que não se justifica a sua intervenção? ”⁵⁰¹

Afigura-se-nos que, a questão ultrapassa a repartição das competências entre as ANC e a Comissão Europeia e constitui um problema *ne bis in idem* na medida em que, se reporta ao efeito preclusivo das decisões negativas proferidas pelas autoridades nacionais.

No pedido de reenvio prejudicial dirigido ao TJUE, estava em causa a conduta da *Telekomunikacja Polska SA*, suspeita de haver violado as normas internas do direito da concorrência (art. 8.º da lei polaca de concorrência e protecção dos consumidores) bem como o art.102.º do TFUE. A ANC polaca havia concluído que o comportamento não configurava um abuso e adotou uma decisão, ao abrigo do seu direito nacional, na qual declarava que a empresa não havia restringido a concorrência pelo que, nos termos do art. 102.º, não se justificava a sua intervenção. Nessa sequência, um terceiro (a *Tele 2 polska sp. Zoo*) recorreu judicialmente da decisão. O Tribunal da Concorrência e da Protecção dos Consumidores, por acórdão posteriormente confirmado pelo Tribunal de Recurso de Varsóvia, anulou a decisão recorrida sustentando que a ANC polaca deveria ter adotado uma decisão de natureza declarativa, no sentido de não ter ocorrido uma prática restritiva da concorrência, ao abrigo do art. 102.º do TFUE.

A ANC polaca interpôs recurso para o Supremo Tribunal invocando que, a norma do art. 5.º do Reg. CE n.º 1/2003 limita as suas decisões e, como tal, não dispunha de poderes para o fazer.

Nas observações escritas proferidas no processo a maioria dos estados defendeu a posição subscrita pela ANC polaca, ou seja, a de que o art. 5.º do

⁵⁰¹ Extraído das Conclusões do AG *Ján Mazák*, apresentadas em 07 de dezembro de 2010, no processo C-375/09.

Reg. CE n.º 1/2003 não permitia a uma ANC adotar uma decisão de natureza declarativa (no sentido da não aplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º TFUE) dado que, esses poderes apenas caberiam à Comissão Europeia.

O governo checo, pelo contrário, entendeu que o referido art. 5.º permite a uma ANC adoptar uma decisão em que se conclua não ter ocorrido uma prática restritiva da concorrência, em virtude do Reg. CE n.º 1/2003 não estabelecer uma relação hierárquica entre a Comissão e as ANC mas uma relação de cooperação horizontal.

Nesta linha de raciocínio seria contrário aos fins do art. 5.º que uma ANC tivesse competência para adotar uma decisão no sentido do art. 102.º do TFUE ter sido violado mas não para declarar que essa violação não tivesse ocorrido.

4.2 As conclusões do AG

O entendimento do AG foi ao encontro da posição veiculada pela Comissão Europeia, pelo governo polaco e pelo Órgão de Fiscalização da AECL. O AG defendeu, nas suas alegações que, o sistema instituído pelo Reg. CE n.º 1/2003 apesar de assegurar a autonomia processual dos EM no tocante à aplicação da sua legislação interna, pretende garantir uma aplicação congruente das regras europeias do direito da concorrência.

Assim sendo, o princípio da autonomia processual encontra-se limitado pela necessidade de aplicação uniforme dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, em todos os EM e o art. 5.º constitui também uma limitação dessa natureza ao especificar o tipo de decisões que as ANC podem tomar. Nesse elenco, não se incluem decisões como a dos autos. Apesar do Reg. CE n.º 1/2003 atribuir competência às ANC para adotar decisões «positivas» sobre o mérito, não lhes outorgou competências para declararem formalmente que não ocorreu uma violação do art. 101.º, n.º1 ou do art. 102.º do TFUE, num processo individual. Em casos semelhantes, as ANC apenas podem decidir que «não se justifica a sua intervenção».

No tocante aos arts. 101.º, n.º 1 e 102.º do TFUE estas apenas podem proferir dois tipos de decisão: ou que ocorreu uma violação ou que, não se justifica a sua intervenção.

Para o AG *Mazák*, considerar um comportamento individual como não violador dos artigos 101.º e 102.º do TFUE poderia, devido ao efeito *ne bis in idem*, impedir a Comissão ou outra ANC de declarar, posteriormente, uma violação daqueles normativos ⁵⁰².

O entendimento restritivo relativamente ao tipo e ao alcance das decisões que aquelas entidades podem proferir vai ao encontro da competência exclusiva que o legislador europeu atribuiu à Comissão para adotar decisões negativas sobre o mérito, nas quais se declara que, uma determinada prática é lícita à luz dos arts. 101.º e 102.º do TFUE. O AG sublinha ainda que, a posição das ANC e da Comissão (apesar das aparentes competências paralelas) não é idêntica. Isto porque, a Comissão goza de um conjunto de prerrogativas exclusivas, designadamente, para proferir decisões de não aplicabilidade à luz do art. 10.º do regulamento. Por outro lado, há que atender às regras dos arts. 11.º, n.º 6 e 16.º, n.º 2 do Reg. CE n.º 1/2003. De acordo com a primeira, a instauração de um processo, pela Comissão priva as ANC da competência para tratar do mesmo caso, e a segunda, limita o poder decisório dos tribunais nacionais impedindo-os de proferir decisões contrárias às já tomadas pela Comissão, relativamente à mesma matéria. Entendimento contrário seria suscetível de comprometer a aplicação uniforme do direito europeu da concorrência no espaço da UE.

O princípio da autonomia processual dos EM não pode legitimar o alargamento das competências das ANC, relativamente às decisões que podem tomar ao abrigo do Reg. CE n.º 1/2003 (*vide* ponto 49 das alegações).

O AG propõe que se respondesse ao órgão do reenvio no sentido de que a autoridade nacional da concorrência de um Estado Membro não tem competência para adotar uma decisão, na qual, se declare que uma determinada prática não

⁵⁰² *Vide*, o ponto 30 das referidas alegações.

restringe a concorrência, na aceção do art. 102.º do TFUE, quando considerar que, no fim do procedimento, a empresa não violou a proibição de exploração abusiva de uma posição dominante. Nesses casos, a autoridade administrativa nacional pode pôr termo ao seu procedimento decidindo, tão-somente, que não se justifica a sua intervenção ⁵⁰³.

A decisão do tribunal vai ao encontro do entendimento maioritário da doutrina europeia (e da própria Comissão) que reconhece, a este organismo, os poderes exclusivos para proferir decisões de inaplicabilidade ⁵⁰⁴.

No entanto, o argumento avançado pelo AG *Mazák* no sentido de considerar que, uma decisão de inaplicabilidade proferida por uma ANC produziria um efeito *ne bis in idem*, não merece acolhimento unânime. De acordo com Brammer, as ANC estão adstritas a informar previamente a rede e a Comissão de quaisquer decisões que prevêm adotar antes da sua adoção formal. Para além disso, a Comissão pode optar por avocar o procedimento assim que for informada da intenção de uma ANC de proferir uma decisão de inaplicabilidade.

Além do mais, os efeitos das decisões das ANC limitam-se ao território do respetivo estado membro não precludindo a ulterior tomada de posição quanto a territórios que não estão abrangidos pela primeira decisão ⁵⁰⁵. Para a autora, as ANC não deveriam ser privadas da possibilidade de proferir tais decisões, uma vez que, essa limitação é contrária ao espírito descentralizador do regulamento e lança a suspeita sobre o papel daquelas autoridades.

O que ressalta da decisão do TJUE é uma restrição muito significativa dos poderes das ANC e do tipo de decisões que estas podem proferir. Se, relativamente à interpretação e aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, os

⁵⁰³ De acordo com o art. 24.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, a ANC portuguesa pode proferir as seguintes decisões: emissão de uma nota de ilicitude, arquivamento do processo quando conclua pela inexistência de elementos que permitam vir a obter uma condenação, decisão condenatória em procedimento de transação e arquivamento com imposição de condições.

⁵⁰⁴ Vide, neste sentido, as posições de BRAMMER, S, C- 375/09, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencij i Konsumentow v. Tele 2 Polska sp. Zo.o* (now Netia SA), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 3 May 2011, nyr, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, United Kingdom, Kluwer Law International, pp. 1178-2012 e ainda MARRIOT, “The Tele 2 Polska case”, June 2011, 12, *Competiton Law Insight*.

⁵⁰⁵ Vide, BRAMMER, S. ob. cit. p. 1172.

poderes decisórios das ANC se circunscrevem à respetiva aplicação ou ao proferimento de decisões de conteúdo meramente formal, em que se limitam a constatar que “não se justifica” a sua intervenção, as empresas não ficam protegidas de ulteriores ações por danos. Por outro lado, a autonomia processual dos EM fica muito limitada.

Todavia, o que esta jurisprudência reafirma foi a opção estratégica de proteção do papel fundador da Comissão Europeia na prossecução da política de concorrência na UE, confirmando o seu protagonismo.

Do ponto de vista dos direitos de defesa das empresas estes ficam fragilizados. Na verdade, a ANC ao limitar-se a proferir uma declaração meramente formal (sem efetuar uma apreciação sobre o mérito da conduta ou do acordo) abre caminho à possibilidade de se vir a abrir novo procedimento, pela mesma ANC ou de a Comissão Europeia iniciar procedimentos, contra a mesma empresa visando, essencialmente, os mesmos fatos. Esse risco de duplicação de procedimentos afeta os direitos das empresas considerando que têm que mobilizar novamente recursos materiais e financeiros para sustentar a sua posição num outro procedimento, arriscando uma eventual condenação.

Nesta medida, vislumbram-se duas alternativas possíveis: ou as decisões de que não se justifica a intervenção são devidamente fundamentadas e as empresas podem recorrer a essa fundamentação para se defenderem em ulteriores procedimentos⁵⁰⁶ ou, se reconhece às ANC o poder de decidirem a inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102º do TFUE, poderes esses fundados no princípio da aplicabilidade direta daqueles normativos. Essa possibilidade ficaria porém, sempre sujeita à condição obrigatória de informarem, previamente, a rede europeia de autoridades da concorrência e a própria Comissão, a fim de esta, se o entender, avocar o procedimento decidindo o caso e abrindo, desta forma, o caminho a um efeito *bis* dessa decisão, porque vinculativa e *erga omnes*.

⁵⁰⁶ Ao abrigo de um princípio de processo justo e equitativo e do exercício (efetivo) do contraditório.

5. Os poderes decisórios da Comissão e a jurisprudência *Maasterfoods*: o elemento *bis*

5.1. O efeito *bis* das decisões da Comissão Europeia - a dimensão vertical

A análise das decisões da Comissão que são suscetíveis de provocar um efeito *ne bis in idem* e de impedirem, concomitantemente, um segundo procedimento, pelos mesmos fatos, contra a mesma entidade, exige a tomada em consideração do princípio vertido no art. 16.º do Reg. CE n.º 1/2003, inspirado na jurisprudência *Masterfoods* ⁵⁰⁷.

Este normativo prevê uma cláusula geral de preemção da atuação das autoridades nacionais da concorrência (administrativas ou judiciais) quando aplicam as normas do direito europeu da concorrência. Trata-se de uma emanção do princípio da supremacia do direito europeu da concorrência, ancorado no dever de cooperação leal que vincula, não só os EM como as autoridades nacionais.

De acordo com este normativo e com a jurisprudência veiculada, as autoridades nacionais (e os seus órgãos jurisdicionais) não podem tomar decisões contrárias a outras já tomadas ou em vias de serem tomadas, pela Comissão, em procedimentos por esta iniciados. Trata-se, na terminologia de Komninos, da consagração de um dever de abstenção no tocante à esfera de atuação daquela entidade, imposto pelo normativo do art. 16.º ⁵⁰⁸. Esta norma teve origem na jurisprudência *Masterfoods* e regula, no seu n.º 1, o impacto das decisões da Comissão nos tribunais nacionais e, no n.º 2, o impacto junto das autoridades nacionais da concorrência.

⁵⁰⁷ Vide, o caso C - 344/98 *Maasterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd*.

⁵⁰⁸ Vide KOMNINOS, ob. cit. pp. 658 e 659.

A jurisprudência *Masterfoods* aplica-se às decisões tomadas pela Comissão, ao abrigo dos arts. 101.º e 102.º do TUE:

“O princípio *Masterfoods* cobre todo o tipo de decisões, não apenas as que declaram uma prática proibida pelos arts. 81.º (como um todo) e 82.º do TCE mas também decisões de inaplicabilidade e decisões em que a Comissão declara uma certa prática inócua, seja porque não recai no âmbito do art. 81.º, n.º1 do TCE, seja porque preenche as condições do art. 81.º, n.º3 do TCE ou porque não recai na esfera do art. 82.º⁵⁰⁹.”

5.2 O Acórdão *Masterfoods*

5.2.1 Enquadramento fático e as questões prejudiciais suscitadas pelo Supremo Tribunal Irlandês:

Em junho de 1998, o Supremo Tribunal Irlandês deduziu um pedido de reenvio prejudicial, junto do TJUE, colocando à sua apreciação três questões relativas à interpretação dos arts. 85.º, 86.º e 222.º do TCE.

No caso, a 3 HB (subsidiária do grupo Unilever) produtora de gelados na Irlanda fornecia, de forma gratuita, aos seus retalhistas, as câmaras frigoríficas para acondicionamento dos seus produtos, ao abrigo de uma cláusula de exclusividade. Em 1989, a *Masterfoods*, uma subsidiária da empresa americana *US corporation Mars Inc* entrou no mercado irlandês de gelados e, a partir dessa data, inúmeros retalhistas começaram a utilizar as câmaras frigoríficas fornecidas pela 3 HB para acondicionar produtos da *Masterfoods*, violando a referida cláusula de exclusividade.

⁵⁰⁹Tradução nossa do inglês: “The *Masterfoods* principle covers all kinds of decisions, not only applicability decisions declaring that a practice is prohibited by articles 81° EC (as a whole), or 82° EC decisions, but also inapplicability or positive decisions where the Commission declares a certain practice innocuous, either it does not fall under article 81°(1) EC or because it does but fulfils one of the conditions of article 81° (3) EC, or because it is not caught by article 82° EC” in KOMNINOS, ob. cit. p. 658.

Em 1990, a *Masterfoods* intentou uma ação perante um Tribunal Irlandês, visando a declaração de nulidade da referida cláusula, à luz dos artigos 85.º e 86.º do TCE e da lei interna irlandesa. Por seu turno, a HB interpôs também uma ação, visando impedir a violação da cláusula de exclusividade pela *Masterfoods*. Em ambas as ações foi peticionado o ressarcimento de danos.

Paralelamente a estes procedimentos, a *Masterfoods* apresentou uma queixa contra a HB, junto da Comissão Europeia (ao abrigo do art. 3.º do Reg. CE n.º 17/62) que veio a concluir pela violação dos mencionados arts. 85.º e 86.º do TCE. A HB, após negociações com a Comissão, solicitou a aplicação de um regime de isenção ao abrigo do art. 85.º, n.º3 do TCE.

Por decisão proferida em 11 de março de 1998, a Comissão decidiu que o acordo de exclusividade celebrado entre a HB e os seus retalhistas constituía uma violação do art. 85.º, n.º1 e 86.º do TCE.

A Comissão rejeitou o pedido de isenção, ordenou à HB que pusesse termo à infração e se coibisse de tomar medidas idênticas, determinando ainda que desse conhecimento aos retalhistas da nulidade da referida cláusula. A HB intentou, junto do Tribunal de 1ª Instância, uma ação de anulação da decisão da Comissão solicitando, concomitantemente, a sua suspensão.

Foi neste contexto que, o Supremo Tribunal Irlandês decidiu colocar, ao TJUE, as seguintes questões prejudiciais:

- i. o princípio da cooperação leal implica que, o Supremo Tribunal suspenda os procedimentos internos (que correm termos na pendência do recurso para o tribunal de primeira instância ou para o TJ) instaurados contra a decisão da Comissão?
- ii. uma decisão da Comissão, dirigida a uma parte (e que foi por esta impugnada numa ação de anulação e suspensão) impede-a de obter uma decisão contrária, quanto ao mesmo assunto ou assunto semelhante, à luz dos arts. 85º e 86º do TCE, junto da jurisdição nacional?

O presidente do TPI suspendeu a aplicação da decisão da Comissão até à pronúncia do TJUE sobre o caso.

5.2.2 A decisão do TJUE e apreciação crítica

Na decisão proferida o tribunal situou a questão no contexto mais alargado dos princípios que presidem à divisão de competências entre a Comissão e os tribunais nacionais e focou-se no dever de cooperação leal que vincula as instituições à aplicação do direito europeu (*vide*, ponto 45). Realçou o papel preponderante que aquela entidade assume na definição da política europeia, em matéria de direito da concorrência, e procedeu à distinção entre os poderes da Comissão e as prerrogativas dos tribunais nacionais. Salientou, para o efeito, que cabia à Comissão, no âmbito dessas funções, proferir decisões individuais e adotar regimes de isenção, gozando de competências exclusivas no domínio do art. 85.º, n.º 3 do TCE e de competências partilhadas, com os tribunais nacionais, para aplicar medidas ao abrigo dos artigos 85.º, n.º 1 e 86.º do referido Tratado.

Contudo, os tribunais continuavam a ter jurisdição para aplicar tais normativos mesmo depois da Comissão dar início a um procedimento (*vide*, ponto 47 parte final). Em contrapartida, a Comissão não estava vinculada a quaisquer decisões tomadas pelos tribunais nacionais, no âmbito de aplicação dos arts. 85.º, n.º 1 e 86.º e podia, a qualquer momento, tomar uma decisão contrária à do tribunal nacional, à luz dos mencionados preceitos, mesmo se o acordo ou a prática em causa tivesse sido apreciado e decidido por um órgão jurisdicional nacional (*vide*, ponto 48).

A partir da jurisprudência *Masterfoods* é possível efetuar uma análise sobre o âmbito de aplicação do *ne bis in idem*, nesta matéria, mais concretamente sobre o efeito *bis* das decisões da Comissão.

O Tribunal negou, de forma clara, a vinculação da Comissão às decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais e sublinhou, em contrapartida, a vinculação dos órgãos jurisdicionais nacionais às decisões da Comissão. Embora não situe esta questão num plano *ne bis in idem* vislumbra-se, através da argumentação

utilizada, uma restrição clara daquele princípio, em nome da manutenção da integridade estrutural do ordenamento europeu. De acordo com esta jurisprudência, as decisões da Comissão são vinculativas para os órgãos jurisdicionais nacionais, nos seguintes moldes:

“(...) quando os tribunais nacionais (superiores) decidem sobre acordos ou práticas que já foram objeto de uma decisão da Comissão, não podem fazê-lo em sentido contrário ao já decidido pela Comissão, mesmo que essa decisão contrarie as decisões proferidas pelo tribunal nacional de primeira instância⁵¹⁰.”

O TJUE entendeu que os tribunais nacionais quando confrontados com situações semelhantes, apenas podem tomar uma de duas opções: suspendem o seu procedimento interno (ponto 12. da Comunicação da Decisão sobre cooperação com os tribunais nacionais) até que a Comissão decida o caso (na eventualidade de uma decisão definitiva ainda não ter sido proferida) ou, fazem apelo ao mecanismo do reenvio prejudicial. Efetivamente, apesar do caráter vinculativo da decisão da Comissão, a última palavra relativamente à interpretação do acordo, decisão ou prática anticoncorrencial incumbe ao TJUE. A suspensão do procedimento nacional não preclui também, a possibilidade das autoridades judiciárias nacionais poderem decretar medidas provisórias para salvaguardar os direitos ou os interesses das partes nos processos⁵¹¹.

Embora o art. 16.º do Reg. CE nº1/2003 não constitua uma norma *ne bis in idem* ou de salvaguarda do *caso julgado* da sua aplicação podem resultar, indiretamente, para as empresas, efeitos *ne bis in idem* processuais e substantivos.

O efeito de preemção da atuação das autoridades nacionais apesar de não impedir a instauração, de acordo com as regras processuais do estado membro, de um procedimento sancionatório contra as empresas envolvidas no acordo ou

⁵¹⁰ Tradução nossa do inglês, *Vide*, ponto 52 do referido acordão: “(...) when national courts rule on agreements or practices which are already the subject of a Commission decision they cannot take decisions running counter to that of the Commission, even if the latter’s decision conflicts with a decision given by a national court of first instance”.

⁵¹¹ *Vide*, a Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos arts. 85º e 86º do Tratado CEE (2004/ C 101/04) publicada no JO C 101/54, de 27/04/2004, disponível em www.concorrenca.pt, consultada em 28/01/2014.

na prática anticoncorrencial (não se verificando aqui um efeito totalmente preclusivo das competências sancionatórias daquelas entidades) coloca-as ao abrigo de uma decisão nacional que contrarie a decisão da Comissão, no tocante à aplicação do direito europeu.

De acordo com o ponto 6) da Comunicação da CE sobre a cooperação com os tribunais nacionais, a aplicação do direito nacional não pode conduzir a resultados diferentes dos alcançados pela aplicação do direito europeu da concorrência

Essa norma comporta vantagens para as empresas nos seguintes casos:

- i. se a Comissão tiver, previamente, declarado a inaplicabilidade do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, a uma certa certa prática ou acordo anticoncorrencial;
- ii. se a Comissão tiver declarado a aplicação das normas do art. 101.º n.º 3 do TFUE a um dado acordo ou prática anticoncorrencial;
- iii. se a Comissão já tiver declarado a inaplicabilidade do art. 102.º do TFUE a uma determinada atuação.

Em síntese, embora não estejamos perante uma cláusula de proteção *ne bis in idem*, o mecanismo de preemção da atuação das autoridades nacionais e a sua vinculação, aos poderes decisórios da Comissão produz, indiretamente, um efeito de proteção das empresas relativamente à aplicação do direito europeu, de modo semelhante ao que resultaria da consagração expressa de uma tal cláusula, nos casos em que a Comissão haja proferido uma daquelas três decisões.

6. As decisões da Comissão em direito europeu da concorrência: características gerais

O Reg. CE n.º 1/2003 substituiu o anterior sistema de notificações prévias dos acordos à Comissão por um sistema de exceção legal, o que significa que, a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, por força da aplicação do art. 101.º do TFUE, ou a exploração abusiva

de uma posição dominante prevista no art. 102.º do TFUE, não carece de qualquer notificação ou decisão administrativa prévia ⁵¹². Não obstante, o atual quadro institucional continua a consagrar a supremacia da Comissão, que se estende sobre as ANC e sobre os tribunais nacionais.

6.1 O impacto das decisões da Comissão sobre as ANC

O papel preponderante da CE resulta, entre outros fatores, não apenas do extenso catálogo de medidas de que dispõe como do carácter vinculativo e *erga omnes* das suas decisões, relativas à aplicação do direito europeu da concorrência, as quais, apenas são suscetíveis de ser postas em causa, através de recurso de anulação ou pela via do reenvio prejudicial para o TJUE. A preponderância do papel da Comissão em matéria de concorrência não resulta apenas das suas funções de guardião dos tratados mas assume, especificamente, foros constituintes porquanto, conforme dispõe o art. 105.º, n.º 1 do TFUE, aquela entidade vela pela aplicação dos princípios enunciados nos arts. 101.º e 102.º do referido Tratado.

O capítulo III do Reg. CE n.º 1/2003 compreende um elenco de medidas que a Comissão pode adotar, no exercício das suas prerrogativas, para garantir uma aplicação coerente e uniforme das regras europeias do direito da concorrência, e que se encontram previstas nos arts. 7.º a 10.º :

- i. verificar e fazer cessar uma infração (impondo às empresas soluções de conduta ou soluções de carácter estrutural, *vide* art.7.º) que podem culminar na aplicação de uma coima;
- ii. ordenar medidas provisórias (de tipo cautelar) nos casos verificadamente urgentes, art. 8.º);
- iii. tornar obrigatória a adoção de compromissos, (*vide*, art. 9.º);

⁵¹² CRUZ VILAÇA, J.L.: *O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada*, RCEJ, 2º semestre, 2004, n.º1 e também Mariano Pego, J.PF. *A declaração de não aplicabilidade dos arts. 81º e 82º CE*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p.569.

iv. proferir declarações de inaplicabilidade referentes aos arts. 101.º, n.º1 e 102.º do TFUE bem como aprovar regulamentos de isenção por categoria⁵¹³ (*vide*, art. 10.º).

O regulamento prevê a aplicação cumulativa do direito europeu e do direito interno da concorrência sempre que, os acordos, decisões e condutas das empresas afetem o comércio entre EM, *vide* os arts. 3.º, n.º1, 5.º e 11.º, n.º1 do referido diploma.

Consequentemente as ANC, quando aplicam o direito nacional ficam adstritas à aplicação simultânea dos arts. 101.º ou 102.º do TFUE.

A aplicação cumulativa dos dois sistemas, de acordo com a interpretação e aplicação que a Comissão faz dos arts. 101.º e 102.º do TFUE constitui, simultaneamente, uma característica sistémica e um instrumento de prossecução da política da concorrência na UE de maneira a garantir a sua aplicação uniforme e coerente em todo o mercado interno.

As competências paralelas da Comissão e das ANC, no tocante aos arts. 101.º e 102.º do TFUE não obstam, todavia, à manutenção no quadro normativo vigente de prerrogativas exclusivas daquela entidade.

6.2 As decisões de inaplicabilidade e os regulamentos de isenção por categoria

Duas dessas competências exclusivas consistem na possibilidade da Comissão proferir decisões de inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e de emitir regulamentos de isenção por categoria, ao abrigo do considerando 10) e do art. 29.º do Reg. CE n.º 1/2003.

A Comissão só pode emitir uma declaração de inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, ao abrigo do art. 10.º do Reg. CE n.º 1/2003 desde que, o

⁵¹³ Se estes acordos, decisões ou práticas concertadas isentos continuarem a ter efeitos negativos incompatíveis com o n.º 3 do art. 101.º do TFUE, a Comissão e as ANC podem, por sua iniciativa ou após denúncia, retirar o benefício dos regulamentos de isenção por categoria em determinados casos, *vide* o sítio www.europa.eu, consultado em 29 de janeiro de 2014.

interesse público europeu relacionado com a aplicação desses normativos o exija, ou seja, esse tipo de decisão não pode ser emitida para prosseguir, de modo exclusivo, outros fins (v.g. fomento da indústria ou protecção do ambiente) e, tão pouco, pode ter origem no interesse privado das empresas ⁵¹⁴.

Justifica-se o recurso ao art. 10.º do Reg. CE n.º 1/2003, sempre que a Comissão constate a falta de uniformidade na aplicação (pelas ANC ou pelos tribunais nacionais) dos arts. 101.º e 102.º do TFUE ou, quando haja novos tipos de acordos ou práticas relativamente, aos quais, não exista jurisprudência anterior. Tem sido entendido que, o recurso ao regime do art. 10.º reveste carácter subsidiário, uma vez que, a Comissão (antes de emitir uma declaração de inaplicabilidade) deve aguardar pelo posicionamento convergente das ANC na REC, no tocante ao novo tipo de acordos.

O regime de isenção constitui uma presunção de legalidade do acordo ou prática empresarial, nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE presunção que vigorará até que haja decisão, em sentido contrário, proferida ou pela Comissão ou pela ANC.

Isto porque, uma autoridade nacional da concorrência pode retirar o benefício de um regulamento, no seu território ou em parte dele, num caso específico (*vide* art. 29.º, n.º 2 do Reg. CE n.º 1/2003) se verificar que, esse acordo ou prática tem um efeito incompatível com o art. 101.º, n.º 3 do TFUE, no território do EM ou em parte dele e se, esse território possuir todas as características de um mercado geográfico distinto ⁵¹⁵. Não obstante, e ao contrário do que sucede com a decisão da Comissão, a decisão da ANC circunscreve-se ao seu mercado geográfico, não vinculando as demais ANC.

As declarações de inaplicabilidade sendo instrumentos de política de concorrência aportam uma dimensão de segurança e clareza jurídica. Efetivamente, quando as ANC se pronunciam sobre acordos, decisões ou práticas, que já tenham sido objeto de uma decisão da Comissão, não podem,

⁵¹⁴ MARIANO.P., ob.cit.p. 572.

⁵¹⁵ *Vide*, o ponto 14) do Reg. UE n.º 330/2010 da Comissão de 20/04/2010, publicado no JO L 102 de 23.04.2010.

fora do contexto descrito no parágrafo anterior, tomar decisões contrárias. As decisões da Comissão contém uma exposição de motivos de fato e de direito que as fundamentam, pelo que, se ocorrer uma posterior alteração das circunstâncias, tais decisões são suscetíveis de vir a ser alteradas mas apenas pela própria Comissão ⁵¹⁶.

Consequentemente, as decisões de inaplicabilidade dos arts. 101.º, n.º 1 e 102.º do TFUE, bem como os regimes de isenção do art. 101.º, n.º 3, produzem um efeito “materialmente equivalente” ao elemento *bis* da garantia *ne bis in idem* ao impedirem as demais ANC de aplicar sanções, contra as mesmas empresas, relativamente aos acordos, decisões ou práticas, incluídos na(s) decisão(ões) da Comissão, com base em tais normativos. As decisões de inaplicabilidade e os regulamentos de isenção precludem a atuação sancionatória posterior de qualquer autoridade nacional da concorrência relativamente aos acordos, decisões e práticas concertadas que recaiam no seu âmbito de aplicação. Contudo, a preclusão da atuação sancionatória circunscreve-se à dimensão transnacional do direito da concorrência, ou seja, quando as ANC aplicam o direito europeu.

Vale por dizer que, no que toca à aplicação estrita do direito nacional e ao respetivo território, as ANC poderão vir a investigar e sancionar as mesmas empresas, relativamente aos mesmos acordos, decisões e práticas concertadas. A manutenção desta prerrogativa das ANC resulta, não só das características do sistema de competências paralelas assumidamente consagrado pelo Reg. CE n.º 1/2003, neste domínio da integração, como da natureza restritiva do *ne bis in idem* em direito da concorrência.

O TJUE ao interpretar o elemento *idem* de acordo com os interesses legalmente protegidos e à luz de um critério geográfico- territorial, limitou a sua eficácia enquanto garantia de defesa, impedindo as empresas, nestes casos, de invocar com sucesso a garantia *ne bis in idem*.

⁵¹⁶ MARIANO, P. ob. cit. p. 575.

6.3 As decisões de clemência da Comissão e das ANC

A Comunicação de 2006 da Comissão Europeia sobre Programas de Clemência na UE⁵¹⁷ contém a definição, os objetivos e os requisitos da terceira geração de instrumentos jurídicos de combate aos cartéis no EEE. Este programa surge num contexto sistémico de descentralização da aplicação do direito europeu da concorrência e convive com diversos programas nacionais semelhantes, razão pela qual, as autoridades dos EM, orientadas pela Comissão, encetaram a criação de um modelo europeu harmonizador - o Programa Modelo de Clemência ECN.⁵¹⁸

Apesar deste ensaio harmonizador, cada ANC e a própria Comissão continuam a aplicar os seus programas de clemência aos casos sob a sua competência investigatória e sancionatória e, cuja utilização, não se substitui aos demais. Assim, vários programas de clemência poderão ser aplicados, às mesmas empresas, fruto dos mesmos acordos, decisões e práticas anticoncorrenciais razão, pela qual, todas as que pretendam vir a beneficiar da aplicação desses normativos terão que efetuar os respetivos pedidos junto de cada uma das ANC e da Comissão⁵¹⁹.

A existência do Programa Modelo em nada afetou a repartição de competências sancionatórias efetuada pelo Reg. CE n.º 1/2003. Cada ANC continua a poder investigar e punir, paralelamente, um acordo, decisão ou prática empresarial que afete o seu mercado interno e viole a legislação nacional⁵²⁰.

O alcance do Programa Modelo reconduz-se, atualmente, à previsão de um conjunto de regras-base no que toca à receção e tramitação dos

⁵¹⁷ Vide, 2006/ C 298/11, publicada no JO C 298/22 de 08.12.2006.

⁵¹⁸ Este documento pode ser consultado no sítio www.ec.europa.eu.

⁵¹⁹ Neste sentido, SILVEIRO, F.X : *A Clemência na nova Lei da Concorrência Novas Valências Novos Desafios*, in C & R- Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, Número 10, abril/junho de 2012, Almedina, p. 258.

⁵²⁰ Isto, obviamente, sem prejuízo de poderem aqui operar os mecanismos previstos no Reg. CE n.º 1/2003 relativos à alocação de competências à autoridade melhor posicionada ou à avocação de processos, pela Comissão, quando esteja em causa a afetação do comércio entre mais de três EM.

procedimentos de clemência em todos os EM, numa ótica de agilização e simplificação processual, com o escopo de facilitar a tarefa das empresas que pretendam dirigir tais pedidos a distintas ANC.

Uma decisão proferida ao abrigo de um regime de clemência (nacional ou europeu) constitui uma decisão condenatória, na qual, a autoridade competente formula um juízo de ilicitude do acordo, decisão ou prática anticoncorrencial à luz do art. 101.º do TFUE e analisa a relevância probatória dos elementos entregues pelo denunciante. Através desse juízo (nomeadamente, se o denunciante foi o primeiro a fazê-lo) e se, a autoridade entender que, o acervo probatório foi essencial ou muito relevante à descoberta de um cartel desconhecido, poderá aplicar-lhe uma imunidade ou uma redução da coima.

Teoricamente, poderão ser aplicáveis à mesma empresa, por força dos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais tantos regimes de clemência quantos os pedidos por aquela formulados, junto de cada ANC envolvida⁵²¹.

Também pode ocorrer um outro cenário e que consiste numa empresa vir a beneficiar de um programa de clemência junto de uma ANC e vir a ser condenada ao pagamento de uma coima, relativamente aos mesmos fatos, pela violação do direito interno, por uma outra ANC.

Significa isto que, na dimensão horizontal (a que respeita às relações entre ANC dentro da REC) as decisões de clemência valem apenas no contexto do ordenamento jurídico em que são proferidas e aplicadas, não vinculando nem as demais ANC nem a Comissão.

Contudo, uma decisão da Comissão relativamente à aplicação do regime de clemência europeu possui um efeito vinculativo, no tocante às restantes ANC quanto à aplicação do art. 101.º do TFUE. Daqui resulta que, as demais autoridades nacionais da concorrência ficam impedidas de instaurar um procedimento sancionatório ou de aceitar um pedido de clemência que diga

⁵²¹ No caso português, *vide* as disposições ínsitas no Capítulo VIII da Lei n.º 19/2012, que revogou o anterior “regime jurídico de dispensa e atenuação especial da coima em processos de contraordenação, por infração às regras nacionais da concorrência”, aprovado pela Lei n.º 39/2006 de 25 de agosto.

respeito à aplicação do direito europeu da concorrência quando haja uma decisão de clemência previamente proferida pela Comissão. As decisões de clemência da Comissão constituem, igualmente, decisões sancionatórias, às quais se encontra subjacente um juízo quanto à ilicitude do cartel mas que, por força da colaboração demonstrada pela empresa podem culminar ou, na aplicação da imunidade ou, na redução da coima a um ou a vários membros desse cartel ⁵²².

Constata-se assim que, o efeito *bis* das decisões de clemência é extremamente limitado a dois níveis. No que concerne às decisões das ANC elas apenas vinculam a própria autoridade na aplicação do direito nacional impedindo-a de, em novo procedimento, vir a sancionar o mesmo sujeito, pelos mesmos fatos. Essa decisão de clemência apenas produz uma eficácia circunscrita ao território do EM, não vinculando outras ANC.

No tocante às decisões da Comissão, o seu âmbito territorial é mais alargado e cobre todo o mercado geográfico em que operava o cartel (o qual, pode incluir mais de que três ou quatro EM) e impede as demais ANC de instaurarem procedimentos sancionatórios, contra a(s) mesm (s) empresa(s) abrangidas pela decisão anterior, quando aplicam o art. 101.º do TFUE.

Em síntese, a operacionalidade do *ne bis in idem* encontra-se muito condicionada pelas configurações institucionais do direito europeu da concorrência e pela interpretação restritiva que o TJUE efetua dos seus elementos constituintes.

6.4. As decisões de compromisso da Comissão

Outro tipo de decisões suscetíveis de causar dúvidas no que concerne ao efeito *bis* que poderão originar, são as constantes do art. 9.º do Reg. CE n.º 1/2003, ou seja, as que culminam na assunção de compromissos por parte das empresas.

⁵²² Veja-se, exemplificativamente, a Decisão da Comissão de 05.12.2012, proferida no processo Com./39.437, relativa ao mercado dos tubos para ecrã de televisão e computador, publicada no JO n.º C 303 de 19.10.2013.

A natureza e os efeitos destas decisões têm que ser analisados, para além do mencionado art. 9.º, à luz dos considerandos 13) e 22) do regulamento. Da conjugação destes preceitos resultam consequências determinantes para a averiguação do seu efeito *bis* e do seu impacto nos poderes decisórios dos tribunais e das autoridades nacionais. Do considerando 13) resultam os três elementos essenciais que caracterizam as decisões de compromisso:

- i. a decisão de compromisso vincula as empresas ao respeito e à observância, pelo período definido, das obrigações nela contidas;
- ii. essa decisão não contém qualquer juízo acerca da ilicitude ou do carácter anticoncorrencial da conduta, para efeitos de aplicação das normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE;
- iii. essas decisões limitam a atuação da Comissão relativamente à aplicação de uma coima à empresa ou empresas visadas.

Conforme salientou o TJUE no Acórdão *Alrosa Company Lda c. Comissão*: “As empresas que propõem compromissos com fundamento no art. 9.º do regulamento CE n.º1/2003 aceitam conscientemente que as concessões facultadas possam ir além do que a Comissão lhes poderia impor numa decisão que aprovasse nos termos do art. 7.º deste regulamento, após um exame aprofundado. Em contrapartida, o arquivamento do procedimento de infração iniciado contra estas empresas permite-lhes evitar a declaração de uma violação do direito da concorrência e eventual aplicação de uma coima ⁵²³”.

Para além dos requisitos acima elencados e que revestem uma natureza substantiva, a emissão de uma declaração de compromisso pressupõe ainda a observância de determinados requisitos de ordem procedimental contemplados no art. 27.º, n.º 4 do Reg. CE n.º 1/2003. Previamente à emissão da decisão de compromisso, a Comissão deve publicar um resumo do processo contendo os elementos essenciais dos compromissos, da atuação que pretende seguir e fixar

⁵²³ Vide, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29.06.2020, proc. C 441/07, citado por MOURA E SILVA, M.: *Anotação ao art. 23º da Lei da Concorrência*, in *Lei da Concorrência-Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, p. 261.

um prazo (não inferior a um mês) para que, eventuais interessados, possam apresentar as suas observações.

No tocante ao efeito destas decisões importa distinguir dois níveis distintos: a vinculatividade da decisão relativamente à própria Comissão e em relação às ANC, autoridades e tribunais nacionais.

No que concerne à Comissão, decorre do art. 9.º, n.º 2 do Reg. CE n.º 1/2003, o elenco de circunstâncias que podem determinar a reabertura do procedimento e a alteração da decisão (ou no sentido do reforço dos compromissos assumidos ou no sentido da declaração de verificação de um infração anticoncorrencial), eventualmente, conducente à aplicação de uma coima. Esta possibilidade explica-se pelo fato da decisão de compromissos não esgotar totalmente o *ius puniendi* da Comissão, enquanto responsável pela aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dessa decisão resultar, sobretudo, de um juízo de oportunidade. Para o efeito, a Comissão deverá sopesar, do ponto de vista do interesse público, da economia e celeridade processuais e, em face das circunstâncias do caso, se é preferível na situação concreta, optar pela decisão de compromisso em detrimento de um procedimento investigatório mais moroso e complexo que conduza a uma condenação e aplicação de coima. Por estas razões, se o quadro circunstancial se alterar (se os compromissos não estiverem a ser cumpridos e se, a decisão foi tomada com base em informações falsas ou deturpadas) a Comissão poderá, a todo o momento, reabrir o procedimento e convolá-lo em procedimento sancionatório⁵²⁴.

No que respeita à vinculação das ANC e dos tribunais nacionais àquelas decisões importa atender ao considerando 22) do Reg. CE n.º 1/2003 de acordo com o qual: “ (...) As decisões relativas a compromissos aprovadas pela Comissão não afetam a competência dos tribunais e das autoridades responsáveis pela concorrência dos EM relativamente à aplicação dos arts. 81.º e 82.º do Tratado.” Por seu turno, o considerando 13) dispõe que: “(...) As decisões

⁵²⁴ Repare-se que, de acordo com o disposto no art. 23.º, n.º 7 da Lei n.º 19/2012, o prazo de que a AdC goza para, o efeito, é de dois anos.

relativas a compromissos não prejudicam a competência das autoridades responsáveis em matéria de concorrência e dos tribunais dos EM de fazer declaração semelhante e decidir sobre a questão.”

Uma interpretação literal destes preceitos parece apontar para a possibilidade de atuações paralelas da Comissão e das autoridades nacionais, relativamente aos mesmos fatos e às mesmas entidades, no tocante à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

Entendemos porém que importa distinguir duas dimensões de atuação das autoridades nacionais. A primeira dimensão diz respeito à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e a segunda, concerne à aplicação do direito nacional.

Em relação ao direito europeu da concorrência afigura-se-nos que, os princípios da cooperação leal, do primado e da uniformidade da sua aplicação exigem que as autoridades nacionais não decidam em sentido contrário ao da decisão proferida pela Comissão. Nesta medida, se este órgão entendeu que, as circunstâncias do caso justificavam a adoção de uma decisão de compromisso, ela deverá revestir caráter *erga omnes* e produzir um efeito preclusivo da atuação sancionatória das ANC, no tocante aos arts. 101.º e 102.º do TFUE relativamente aos mesmos fatos e aos mesmos visados pela decisão de compromissos. Tal não obstará, porém, a que as ANC apliquem o seu direito interno aos acordos, práticas ou decisões anticoncorrenciais (mesmo que substancialmente idênticos e praticados pelos mesmos sujeitos) que tenham lugar ou produzam efeito no território do respetivo estado membro.

Tratar-se-ia, assim, de um efeito *bis* mitigado, delimitado pelas características sistémicas desta área da integração e que respeita a repartição de competências assumido pelo Reg. CE n.º 1/2003.

Vale por dizer que, durante o período em que perdurar a decisão de compromisso, as autoridades nacionais não podem impor sanções (ao abrigo dos arts. 101.º e 102.º do TFUE) às mesmas empresas e, por fatos semelhantes aos que estão compreendidos naquela decisão de compromissos. Aliás, esta é a única

solução compatível com a norma do art. 11.º, n.º 6 do Reg. CE n.º 1/2003, de acordo com a qual:

“6. O início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos EM responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os arts. 81.º e 82.º do Tratado. “

A interpretação do art. 9.º e a definição do alcance e vinculatividade das decisões da Comissão deve ter sempre em linha de conta a filosofia subjacente ao mecanismo de descentralização imposto pelo regulamento, considerando o papel preponderante daquele órgão, ao abrigo de um princípio de coerência estrutural.

Capítulo II - O modelo do Reg. CE n.º 1/2003 e as consequências *ne bis in idem*

1. As dimensões vertical e horizontal no âmbito da REC

No domínio do direito europeu da concorrência predomina uma visão de *law enforcement* em detrimento do *rule of law*. Até ao momento, ainda não foi aprovado qualquer normativo europeu que regule, especificamente, as garantias processuais nos processos sancionatórios anticoncorrenciais, pelo que, todo o acervo europeu, neste domínio, tem sido construído pelo TJUE.

Contrariamente ao ELSJ, em que já se iniciou esse debate (impulsionado pelo Programa de Estocolmo) e se aprovou um conjunto de diretivas respeitantes às garantias processuais mínimas que os processos criminais (de dimensão transnacional) devem respeitar, no direito da concorrência, tal não ocorreu. Neste contexto, as linhas orientadoras das garantias processuais continuam a ser as legislações internas, as normas de *soft law* produzidas pela Comissão e o *case law* do TJUE.

Apesar do considerando 37) do Reg.CE n.º 1/2003 clarificar que este respeita e obedece aos princípios gerais reconhecidos pela CDFUE e que as suas normas não podem ser interpretadas contra esses direitos e princípios constata-se, na prática judiciária do TJUE que, o entendimento relativo ao *ne bis in idem* assume contornos distintos e mais restritivos do que o propugnado, pelo mesmo Tribunal, no âmbito do ELSJ.

A interpretação do *ne bis in idem* nesta matéria, obedece mais a preocupações de manutenção da integridade estrutural do sistema e de ordem pública do que à tutela estrita dos direitos de defesa das empresas. Por outro lado, a densificação dos seus elementos *bis* e *idem* continua a assentar quase, exclusivamente, na jurisprudência do TJUE e à margem de qualquer intervenção do legislador europeu.

O Reg. CE n.º 1/2003 não contém qualquer alusão expressa ao princípio *ne bis in idem*. No entanto, essa ausência não significa a sua inaplicabilidade ao direito europeu da concorrência. É que, para além da sua expressa inclusão na CEDH e, mais recentemente, na CDFUE, o *ne bis in idem* tem sido considerado, pela jurisprudência europeia, um princípio geral de direito aplicável, de forma transversal, a todos os domínios da integração.

Não obstante, o Reg. CE n.º 1/2003 ter pretendido clarificar o papel das autoridades nacionais e da Comissão e de um relatório, por esta elaborado no tocante à aplicação do regulamento, traçar um quadro globalmente favorável da convivência entre as diversas entidades com competências investigatórias e sancionatórias, numa Europa composta por vinte e sete EM, essa coexistência pluralista levanta sérios riscos quanto à multiplicação de procedimentos sancionatórios contra as mesmas empresas⁵²⁵.

O primeiro caso em que se suscitou, no direito europeu da concorrência, uma problemática *ne bis in idem* foi no Acórdão *Walt Wilhelm and others vs Comissão*, (C-14/68). Desde a prolação desse aresto até à atualidade, o

⁵²⁵ Veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativa ao Relatório sobre o Funcionamento do Reg. CE n.º 1/2003, de 29 de abril de 2009, COM (2009), 206 final, que pode ser consultado no sítio http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/report_regulation_1_2003_en.pdf

contencioso europeu não tem parado de aumentar, fruto do impulso dos atores económicos que suscitam, perante as instâncias jurisdicionais europeias, a possibilidade de aplicação daquele princípio aos processos instaurados, quer pelas ANC, quer pela Comissão, por violação das regras da concorrência, como forma de obstar ou atenuar o impacto financeiro dos elevados montantes das coimas que lhes são aplicadas.

Existe, por isso, um histórico jurisprudencial que tem vindo a discutir e a delinear os contornos do *ne bis in idem* em direito europeu da concorrência. Sendo esta uma garantia prevista na CDFUE (art. 50.º), na CEDH (art. 4.º do P 7) e um princípio geral de direito, também presente nas tradições constitucionais dos EM, vincula a atuação da UE e das suas instituições em todas as áreas da integração.

Acresce que, a sua configuração estrutural enquanto garantia de defesa determina a sua aplicação aos entes coletivos aplicando-se *mutatis mutandis* aos procedimentos que os envolvam, dado que, as empresas são, tal como as pessoas, sujeitos de direitos e deveres normativos. Se a pessoa coletiva é uma entidade que atua no mundo/sistema normativo e está dotada de uma personalidade jurídica, ela passa a ser um centro de imputação de direitos e de deveres, pelo que, *ne bis in idem* também é passível de lhes ser aplicado ⁵²⁶.

A necessidade de assegurar a vigência do *ne bis in idem* coloca-se no plano nacional e transnacional do direito da concorrência, ou seja, em relação às competências paralelas das ANC e dos tribunais nacionais (dimensão horizontal) e, relativamente às competências paralelas daqueles órgãos e da Comissão (dimensão vertical).

Apesar da ausência de uma disposição *ne bis in idem* no que toca ao plano vertical (ou seja, o da articulação entre ANC, tribunais e Comissão), o Reg. CE n.º 1/2003 contém um conjunto de normas que asseguram às empresas uma

⁵²⁶ Vide, MENEZES CORDEIRO, A.: *Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em atuações de inspeção*, Regulação e Concorrência – Perspetivas e Limites da Defesa da Concorrência, (coord. Ruy de Albuquerque, Menezes Cordeiro), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 121-157.

proteção de efeito equivalente, no que respeita à aplicação das normas do direito europeu.

A abertura de um procedimento pela Comissão para investigação de práticas anti-concorrenciais que possam conduzir à aplicação de sanções, ao abrigo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, implica sempre a suspensão do procedimento nacional.

A autoridade nacional fica privada da competência em matéria de direito europeu mas não fica privada de vir a aplicar, aos mesmos sujeitos e ao mesmo acordo, as normas do seu direito interno. Consequentemente, o procedimento nacional só pode ser retomado após a tomada de posição pela Comissão encontrando-se submetido a duas limitações: por um lado, apenas poderá visar a aplicação da legislação interna e, caso venha a culminar numa sanção, essa sanção terá que ser compatível com a que foi primeiramente aplicada pela Comissão, não prejudicando os respetivos efeitos, *vide* o art. 11.º, n.º 6 do regulamento.

Em contrapartida, nos casos em que ocorra a instauração simultânea, por ANC de distintos países, de procedimentos sancionatórios, contra as mesmas entidades e relativos às mesmas práticas anti-concorrenciais, o regulamento não prevê a obrigatoriedade de uma ANC, suspender o seu processo. Do disposto no art. 13.º, n.ºs 1 e 2 resulta apenas que, as ANC e /ou a Comissão podem rejeitar uma denúncia e, eventualmente, as ANC poderão suspender o seu procedimento se assim o entenderem.

Como se salientou *supra*, o início dos procedimentos pela Comissão, com vista à aplicação de uma medida dos arts 7.º ou 10.º do Reg. CE n.º 1/2003, preclui a possibilidade das ANC iniciarem, elas próprias, um novo procedimento, com a mesma base legal, contra as mesmas empresas, relativamente ao mesmo acordo ou prática anticoncorrencial, respeitante ao

mesmo mercado geográfico e de produto relevante. Nestes casos, configuram-se duas situações:⁵²⁷

i. se a Comissão for a primeira autoridade a iniciar esses procedimentos com vista à adoção de uma decisão ao abrigo dos arts. 7.º a 10.º do Reg. CE n.º 1/2003, as ANC ficam privadas da competência para instaurar um novo procedimento, com a mesma base legal, contra as mesmas empresas, relativamente ao mesmo acordo ou prática anticoncorrencial, no mesmo mercado geográfico e de produto relevante.

ii. se outra ou outras ANC estiverem a apreciar o mesmo acordo ou prática anticoncorrencial, no mesmo mercado geográfico e de produto relevante, há que considerar dois momentos processualmente distintos:

a) se estiver a decorrer o período de alocação de competências de dois meses, a Comissão pode avocar esse processos mediante comunicação prévia à REC;

b) após o decurso do período de dois meses, a intervenção da Comissão revestirá um carácter excecional a ocorrer em apenas três tipos de situações distintas:

1. se a (s) ANC estiver (em) a protelar a decisão;
2. se ocorrer o risco de decisões contraditórias entre si;
3. se a decisão a proferir for contrária ao *case law* do TJUE e às decisões anteriores da Comissão relativamente ao mesmo acordo e/ou prática anticoncorrencial.

A aplicação da norma do art. 11.º, n.º 6 do Reg. CE n.º 1/2003, deve ser interpretada em conjugação com o art. 35.º, n.º 3 do mesmo diploma, que limita a sua aplicação às autoridades nacionais e aos tribunais, quando exercem funções de preparação e aprovação das decisões previstas no art. 5.º daquele regulamento.

Estas regras processuais não constituem disposições *ne bis in idem*, todavia, estão concebidas para evitar duplicação de procedimentos e decisões

⁵²⁷ Quanto a esta distinção, vide ORTIZ BLANCO, L, ob. cit. p.196.

contraditórias o que, na prática, acaba por produzir um efeito jurídico semelhante ao que produziria, um *ne bis in idem* processual. Aproximam-se, em certa medida, do princípio da unidade da ação repressiva que Lelieur-Fischer advoga como fundamento daquele princípio-garantia na UE.

No entanto, essa aproximação é apenas aparente. Tendo por base a análise dos normativos referidos e a configuração do sistema europeu de competências paralelas em matéria de concorrência afigura-se-nos que, não existe um princípio de unidade da ação repressiva, suscetível de fundamentar o *ne bis in idem*, enquanto limite ao poder punitivo das autoridades nacionais e da Comissão. O estágio atual do projeto de integração europeia traduz-se na manutenção da diversidade dos sistemas jurídicos nacionais e no respeito pela autonomia processual dos EM. Essa convivência pluralista, embora encimada por uma superestrutura normativa europeia, não elimina os fenómenos de sobreposição normativa e não previne duplos procedimentos ⁵²⁸.

Não obstante, de acordo com Wilks, o sistema tem funcionado numa lógica de solidariedade e de colaboração entre os membros da REC, o que tem garantido e assegurado a sua estabilidade ⁵²⁹.

No considerando 8) do texto do Reg. CE n.º 1/2003 consta expressamente que, os artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa) têm por objetivo proteger a concorrência no mercado interno e não precluem a possibilidade dos EM aprovarem legislação nacional que proteja outros interesses legítimos, desde que, tal seja “compatível com os princípios gerais e outras disposições do direito comunitário.”

O critério distintivo entre os campos de atuação nacional e europeu reside na tutela de interesses diferenciados mas complementares: o direito europeu

⁵²⁸ A Autoridade Alemã da Concorrência, num relatório adotado em outubro de 2001, a propósito da proposta de Reg. CE n.º 1/2003 criticava o modelo informal de cooperação dentro da REC, a falta de regras obrigatórias de alocação de competências jurisdicionais (sobretudo, em casos de acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais transfronteiriças) e a ausência de um sistema de resolução de conflitos de jurisdição com normas claras e obrigatórias, Vide, BOTTA, M. ob. cit. p. 116.

⁵²⁹ WILKS: *Agencies, Networks, Discourses and Trajectory of European Competition Enforcement*, European Competition Journal, 2007, 3, p. 441.

destina-se a proteger a concorrência no mercado interno europeu e a legislação interna tutela, fundamentalmente, os interesses do mercado nacional, delimitado pelo respetivo território.

O Reg. CE n.º 1/2003, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º, n.º 1 e 11.º, n.º 6, não priva as autoridades nacionais de competência para aplicar o corpo normativo do direito interno. Quando a Comissão instaura um processo a autoridade nacional deve suspender o procedimento interno podendo depois retomá-lo e aplicar uma sanção que seja compatível com a aplicada pela Comissão ⁵³⁰. Acresce ainda que, a jurisprudência *Bosch* consagrou que, as autoridades nacionais também são competentes para aplicar os arts. 101.º e 102.º do TFUE (à data arts. 81.º e 82.º do TCE) solução esta que o Reg. CE n.º 1/2003 normativizou ⁵³¹.

O contexto histórico em que se tem processado a evolução do direito da concorrência na UE, aponta em sentido diverso ao propugnado pelo princípio da unidade da ação repressiva. Neste domínio da integração, a coexistência de procedimentos sancionatórios não constitui uma novidade do Reg. CE n.º 1/2003 dado que, já em 1969, o Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido no âmbito do processo C -14/68, de 13 de fevereiro, *Wilhelm vs Bundeskartellamt*, defendia (na vigência do Reg. n.º 17/62) que, não era contrária ao *ne bis in idem* a existência de procedimentos paralelos iniciados pela Comissão à luz do art. 81.º do TCE e pelas autoridades nacionais, para aplicação do direito interno.

De acordo com a linha narrativa seguida no aresto, o (então denominado) direito comunitário bem como o direito nacional consideravam os acordos anticoncorrência sob aspetos diferentes, pelo que, a interdependência dos fenómenos económicos não constituía um critério de delimitação de competências (*vide* os pontos 3, & 3 e 4).

O acórdão admitia também que essa coexistência paralela pudesse conduzir à duplicação de sanções (ponto 11.). Duplicação que apenas poderia ser atenuada

⁵³⁰ Vejam-se, as alegações da AG *Kokott*, proferidas no dia 8 de setembro de 2011, no âmbito do processo C – 17/10, *Toshiba Corporation*, pontos 78) e 91).

⁵³¹ *Vide*, C- 13/61, decisão proferida antes da entrada em vigor do Reg. CE n.º 1/2003.

mediante critérios de equidade (previstos no art. 90.º § 2 do TCE). Essa equidade permitiria, designadamente que na aplicação de uma sanção fossem tidas em linha de conta todas as decisões condenatórias anteriores. No entanto, o acórdão não explicou de que forma nem à luz de que critérios poderiam ser compatibilizadas essas “sanções”, limitando-se a invocar um princípio genérico de “equidade” resultante do mencionado art. 90.º do TCE ⁵³².

Por outro lado, a fundamentação teórica do acórdão, que não é particularmente desenvolvida, reconduz-se a dois argumentos, um primeiro, que se prende com os objetivos e a finalidade da atuação das instituições europeias e, um outro, de preservação da unidade sistémica da ordem jurídica da comunidade, à luz do primado do direito europeu. Do argumento finalista decorre que, sendo um dos fins do Tratado a eliminação dos obstáculos à livre circulação de mercadorias e a salvaguarda da unidade desse mercado, cabe às autoridades comunitárias, promover ações positivas que permitam o desenvolvimento dessas atividades. Nesta medida, a atuação das autoridades nacionais deverá ser congruente com a atuação das autoridades europeias a fim de não prejudicar a eficácia das sanções aplicadas e garantir esse primado.

A argumentação do acórdão não explicita nem detalha os contornos do princípio *ne bis in idem* nem a delimitação do seu campo de atuação, antes se resume a uma visão funcionalista do projeto de integração europeia e da manutenção da “integridade” do mercado interno ⁵³³.

Contudo, a jurisprudência *Wilhelm vs Bundeskartellamt* aborda, de forma pioneira, duas temáticas intimamente relacionadas: por um lado, aflorou um critério de equidade no tratamento da duplicação de sanções (precursor do princípio do desconto ou *Anrechnungsprinzip*) e introduziu a ponderação do “interesse protegido” como elemento distintivo dos procedimentos comunitário,

⁵³² Vide, ponto 11, parágrafo 3.º do mencionado aresto.

⁵³³ A mesma lógica funcionalista esteve subjacente aos inúmeros acórdãos proferidos pelo TJUE, em matéria de ELSJ, a propósito do fundamento do *ne bis in idem* e da interpretação do art. 54º da CAAS. Nesses acórdãos, que já tivemos oportunidade de analisar, o fundamento encontrado pelo TJUE para fundamentar aquele princípio foi a liberdade de circulação de pessoas na União.

nacionais e internacionais em matéria de concorrência, critério que viria, em arestos ulteriores, a enformar o elemento *idem* ⁵³⁴.

2. O acórdão *Toshiba*

2.1 Enquadramento fático e questões prejudiciais

Cerca de quatro décadas depois do caso *Wilhelm vs. Bundeskartellamt*, numa linha jurisprudencial que podemos apelidar de conservadora, o TJUE subscreve o mesmo entendimento, no acórdão relativo ao processo C - 17/10, *Toshiba Co. Vs Commission*, proferido em 14 de fevereiro de 2012. Neste acórdão foi colocada à apreciação da jurisdição europeia uma questão prejudicial que se desdobra em duas e cuja resposta traça, de forma clara, o entendimento daquele tribunal no que se refere aos contornos do *ne bis in idem* nesta matéria:

- i. o artigo 11.º, n.º 6 do Reg. CE n.º 1/2003 (...) deve ser interpretado no sentido de que se a Comissão instaurar procedimentos após 01.05.2004, por violação do artigo 81.º CE e tomar uma decisão, as autoridades da concorrência dos EM deixam de ter competência para apreciar tal conduta, a partir dessa data?
- ii. as autoridades da concorrência dos EM deixam de ter competência para aplicar as disposições da lei nacional que contenha legislação paralela ao artigo 81.º do TCE (...) a essa conduta?

Para o Tribunal, o *ne bis in idem* é aplicável aos processos de direito da concorrência mas ressalva que, da interpretação concordante das disposições do Reg. CE n.º 1/2003, em particular dos artigos 3.º, 11.º, n.º 6, 16.º, n.º 2 e do considerando 18), não pode ser vedada às autoridades nacionais a aplicação do seu direito interno mesmo quando a Comissão já haja iniciado um procedimento, contra os mesmos sujeitos, com base nas mesmas práticas anticoncorrenciais. Os

⁵³⁴ O critério do bem jurídico ou das especificidades dos interesses legalmente protegidos, através das regras do direito europeu da concorrência, viria a ser utilizado, em arestos posteriores, nomeadamente, no Acórdão proferido no âmbito do processo C- 289/04, *Showa Denko KK vs. Comissão*, em 26 de junho de 2006.

EM conservam sempre a sua competência ainda que, a Comissão e /ou outra autoridade nacional já tenha tomado uma posição. Por conseguinte, resulta da norma do artigo 11.º, n.º 6 conjugada com o art. 13.º do regulamento que, as autoridades nacionais da concorrência, têm *a possibilidade* e não a *obrigação* de suspender o processo que tenham iniciado ou podem rejeitar uma denúncia que lhes seja apresentada, quando outra autoridade nacional, dessa rede, já esteja a instruir um processo.

De acordo com o TJUE, o *ne bis in idem*, em direito da concorrência, não se opõe à aplicação cumulativa do direito nacional e do direito europeu e proíbe apenas que, uma empresa seja condenada ou objeto de um processo, uma segunda vez, devido a um comportamento anticoncorrencial, pelo qual, já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade, por decisão anterior insuscetível de recurso⁵³⁵.

Porém, a fórmula encontrada pelo julgador europeu para sintetizar o modelo de manifestação do *ne bis in idem*, nesta matéria, é insuficiente e carece de uma densificação concetual relativamente aos componentes *bis* e o *idem*.

A orientação propugnada pela jurisprudência europeia relativamente ao alcance do *ne bis in idem* aponta para uma lógica de ponderação ou de otimização entre princípios e interesses conflitantes. Ou seja, o TJUE, quando confrontado com a posição assumida pelas empresas nos processos de violação do direito da concorrência (em que estas reivindicam a aplicação do *ne bis in idem*) tem optado por fazer ceder esse princípio, ou pelo menos, interpreta-o de maneira restritiva, em nome da protecção do mercado interno, da liberdade de circulação e transação de produtos na UE e da manutenção do sistema multinível de tutela da concorrência consagrado no Reg. CE n.º 1/2003.

Ao admitir a coexistência de procedimentos paralelos relativamente aos mesmos sujeitos e às mesmas práticas comerciais anticoncorrenciais, o TJUE adota uma conceção minimalista e reduz a esfera de aplicação deste princípio.

⁵³⁵ Veja-se o Acórdão *Limburgse Vynil vs Comissão*, proferido em 15 de outubro de 2002 (T-305/94 e outros).

Vislumbra-se uma aplicação prática da conceção dworkiana de que os princípios jurídicos carecem de uma ponderação, operam numa lógica de otimização e revestem elasticidade possibilitando a convivência com princípios antagónicos ou conflituantes, sem perderem validade ⁵³⁶.

O acórdão *Toshiba* acentua a descentralização da aplicação do direito europeu da concorrência, contribuindo para o reforço do papel das autoridades nacionais na repressão das práticas anticoncorrenciais “locais” (*vide* o ponto 81 das alegações da AG Kokott ⁵³⁷) e restringe a aplicação daquele princípio garantia.

Neste contexto, há que indagar o fundamento e o papel do *ne bis in idem* no direito da concorrência da UE.

3. Em torno de um (novo) fundamento para o *ne bis in idem* em direito europeu da concorrência

Na primeira parte deste capítulo fez-se referência à emergência das empresas e das corporações enquanto sujeitos do mundo normativo. O papel, cada vez mais ativo e presente que têm vindo a assumir no universo económico, social e político leva-nos a afirmar que, as empresas e corporações assumem uma identidade sócio-normativa dotada de reivindicações específicas. Empresas e corporações são atores muito interventivos na sociedade porquanto, constituem *networks* que processam informação, transacionam conhecimento e conduzem, muitas vezes, à tomada de decisões, à margem dos mecanismos tradicionais institucionalizados, no contexto do estado nação. Estes sujeitos económicos encontram-se envolvidos em processos de reivindicação identitária, numa lógica de “construção do significado” obtido a partir de atributos culturais inter – relacionados ⁵³⁸. Para este efeito, o significado será a identificação simbólica, por

⁵³⁶ Vide, neste sentido, DWORKIN, R. : *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2005.

⁵³⁷ Neste sentido, BOTTA, M. *Testing the Decentralisation of Competition Law Enforcement: Comment on Toshiba*, in *European Law Review*, 38, February 2013, Thomson Reuters, UK, pp. 107-117.

⁵³⁸ Veja-se, CASTELLS, M. ob. cit. Vol.II, p. 3.

parte de um ator social (neste caso, a empresa, a corporação ou o sujeito económico em sentido lato) com as finalidades da sua atuação.

A finalidade da atuação da empresa, enquanto ator económico-social, é de duas ordens: no plano económico, visa a satisfação da sua vocação empresarial traduzida na obtenção de lucros e, no plano normativo, reclama a obtenção de um estatuto legal equiparado ao dos indivíduos.

As exigências das corporações no tocante à aplicação de normativos concebidos para atuarem na esfera individual coloca-se, com especial acuidade, no domínio dos direitos de defesa, ou seja, relativamente ao conjunto de direitos e garantias (de carácter substantivo e adjetivo) que permitem acionar, no âmbito de procedimentos repressivo-sancionatórios, o exercício dessa defesa limitando, legalmente, a esfera de atuação das entidades com poder sancionatório.

Num mundo em que a paisagem normativa é, simultaneamente global e local, em que coexistem segmentos de sobreposição entre diferentes ordens jurídicas há que encontrar pontos de convergência que permitam, por um lado, superar essa diversidade e, por outro, garantir a certeza e a segurança jurídicas. Porém, essas diferenças não subsistem apenas no plano normativo mas atingem os próprios destinatários do direito que não constituem entre si grupos ou comunidades homogêneas. Indivíduos e empresas não compartilham, regra geral, identidades comuns posicionando-se, muitas vezes, no sistema jurídico em situações antagónicas.

Os princípios e os direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos ao indivíduo encontram-se em mutação, numa tendência expansiva, com vista à sua aplicação aos entes coletivos, numa lógica que aponta para a necessidade de reconstrução da teoria do sujeito. Daí que faça sentido conceber um fundamento para a aplicação do *ne bis in idem* às pessoas individuais e coletivas que funcione como elemento agregador, ou seja, que permita a extensão, aos entes coletivos, de um direito e princípio fundamental cujas raízes históricas apontavam apenas para os indivíduos. Pretende-se introduzir um *rationale* que, numa lógica convergente, tutele os diversos interesses desses sujeitos. Esse fundamento

radica, na nossa ótica, na conceção do *ne bis in idem* como garantia de defesa, encimado por um conceito de *fairness* ou *equidade e due process*.

O conceito de *fairness* ou equidade constitui uma moldura de análise genérica mas simultaneamente flexível que nos permitirá abordar a temática do *ne bis in idem* em relação às pessoas coletivas enquanto expressão de equidade na aplicação da Justiça. Sob a designação de *fairness* ou equidade pretende –se abarcar dois dos fundamentos tradicionais em que assenta o *rationale ne bis in idem*: justiça material e proporcionalidade bem como certeza e segurança jurídicas ⁵³⁹.

Fairness e due process permitem-nos colocar em pé de igualdade as reivindicações dos sujeitos individuais e coletivos para depois, numa segunda etapa, explicitarmos as diferenças dessas posições, justificando o alcance distinto do princípio num e noutro caso. O recurso à noção de *fairness* ou equidade permitir-nos-à delimitar os contornos do *ne bis in idem* enquanto direito fundamental dos indivíduos e das pessoas coletivas, efetuar as respetivas distinções tomando por base os papéis que uns e outros representam, bem como o impato das suas condutas, no sistema normativo enquanto todo. Como afirma Rawls:

“(…) em primeiro lugar, cada pessoa participante numa prática, ou afetada por esta, tem o direito à mais extensa liberdade, compatível com idêntica liberdade do todo, em segundo lugar, as desigualdades são arbitrárias a não ser que seja razoável esperar que funcionarão em benefício de todos (…)⁵⁴⁰.”

⁵³⁹ Também, neste sentido, vide DANNECKER, G. *Community Fines and Non –Member States Sanctions: the effect of the Principle “ne bis in idem”*, in *Neighbours in Law - Are Common Law and Civil Law moving closer together?*, Eser, A. Rabenstein, C. (eds), In Honour of Barbara Huber, 65 th Birthday, Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht Freiburg im Breisgau, pp. 155-186.

⁵⁴⁰ Tradução nossa do inglês: “(…) first, each person participating in a practice, or affected by it, has an equal right to most extensive liberty compatible with a like liberty for all; and second, inequalities are arbitrary unless it is reasonable to expect that they will work out for everyone’s advantage (…)⁵⁴⁰” “The term “person” is to be construed variously depending on the circumstances. On some occasions it will mean human individuals, but in others it may refer to nations, provinces, business firms, churches, teams, and so on. The principles of justice apply in all these instances, although there is a certain logical priority to the case of human individuals.” in RAWLS, J. *Justice as Fairness*, consultado no sítio <http://www.hist-analytic.org/Rawlsfair.htm>, em 20.03.2012.

“O termo pessoa varia em função das circunstâncias. Nalgumas ocasiões, refere-se aos seres humanos, mas noutras pode referir-se a nações, províncias, empresas, igrejas, equipas entre outras. Os princípios da justiça aplicam-se em todos estes casos, pese embora, haja uma certa prioridade lógica outorgada aos seres humanos ⁵⁴¹.”

O compromisso da UE com a observância dos direitos fundamentais concretiza-se, não só no respeito pelas tradições constitucionais dos EM e dos princípios gerais de direito que destas emanam mas, sobretudo, na adesão da UE à CEDH e na aprovação, com carácter vinculativo, da CDFUE. As bases legais do *ne bis in idem* europeu ancoram-se no art. 50.º da CDFUE, nas disposições do art. 4.º do P 7 e do art. 6.º da CEDH sendo aplicáveis tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas.

A partir do momento em que a UE incorporou, na sua ordem jurídica, a CDFUE e esta, após o Tratado de Lisboa passou a assumir natureza vinculativa, tornou-se a fonte irradiante e privilegiada dos direitos fundamentais na UE. Não obstante a adesão da UE à CEDH, a Carta tem precedência sobre esta última quando confira uma protecção superior (o que decorre do seu art. 52.º, n.º 3 *in fine*) e ainda porque a CEDH constitui um patamar mínimo ⁵⁴².

No direito da concorrência não existe, fora do quadro do direito primário da UE, qualquer outro instrumento normativo europeu que contemple a aplicação do princípio *ne bis in idem* (contrariamente, ao que acontece no âmbito do ELSJ, em que vigora o art. 54.º da CAAS e outras normas ínsitas nos instrumentos do reconhecimento mútuo, como é o caso da DQMDE).

Neste domínio da integração, a interpretação e aplicação daquele princípio terá que resultar da conjugação dos preceitos de direito primário vigente na UE (art. 50.º da CDFUE e os normativos da CEDH, particularmente o art. 6.º e o art. 4.º do P 7) bem como do entendimento jurisprudencial firmado pelo TJUE.

⁵⁴² Neste sentido, DE MESQUITA, M.J.R: *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 88.

Para além destes referenciais normativos importa considerar que, o *ne bis in idem* é uma emanção do princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) que se traduz na proibição da aplicação de sanções injustificadas ou desproporcionadas, porque violadoras da equidade.

Todavia, o recurso ao art. 50.º da CDFUE, enquanto referencial axiológico do *ne bis in idem* no direito europeu da concorrência, não é pacífico nem consensual. No processo *Toshiba* a Comissão Europeia defendeu, inclusivamente que, o artigo 50.º não tinha aplicação ao caso, dado que, a CDFUE só era aplicável quando houvesse de implementar o direito da UE. Uma vez que, naquele caso, a autoridade nacional havia aplicado o seu direito interno, não estaria vinculada por tal normativo ⁵⁴³.

Esse entendimento viria a ser expressamente afastado nas alegações da AG *Kokott* que defendeu que os EM estão vinculados a interpretar as disposições do Reg. CE n.º 1/2003, relativas à delimitação de competências no âmbito da rede europeia de autoridades da concorrência, em conformidade com os princípios e normas do direito primário da UE, incluindo os direitos fundamentais ⁵⁴⁴. Entre esse direitos fundamentais encontra-se o *ne bis in idem*, codificado no normativo do art. 50.º da CDFUE e que visa, não só proteger o acusado, mas evitar também os conflitos de competência entre as várias autoridades envolvidas na investigação e decisão de um processo penal ou de um processo administrativo ⁵⁴⁵.

De um ponto de vista interpretativo não subsistem quaisquer razões para limitar o âmbito de aplicação do *ne bis in idem* aos sujeitos individuais. Em inúmeras constituições estaduais, a atribuição e o reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas coletivas encontra-se, especificamente, previsto de acordo com a natureza e as particularidades do seu estatuto normativo. É também

⁵⁴³ Vejam-se as conclusões da AG no referido processo, ponto 102).

⁵⁴⁴ Importa precisar que, no caso concreto, apenas eram aplicáveis à República Checa as normas processuais daquele regulamento atenta a data da sua adesão à UE, o que não inviabiliza o raciocínio da AG.

⁵⁴⁵ Veja-se o ponto 106) das conclusões da AG.

este o entendimento do legislador constitucional português que introduziu, no art. 12.º, n.º 2 da CRP, o princípio da universalidade dos direitos.

Trata-se, por isso, de um princípio comum às tradições constitucionais dos EM que vincula o TJUE na sua tarefa interpretativa e de identificação dos direitos fundamentais, conforme resulta do art. 6.º do TUE.

Além do mais, tem sido a própria jurisprudência do TJUE a reconhecer, ao longo dos anos, às pessoas coletivas, um acervo de direitos fundamentais que se adequem aos fins por estas prosseguidos bem como à sua natureza.

Consequentemente, o art. 50.º da CDFUE é aplicável às pessoas coletivas. Partindo deste pressuposto, há que descortinar sob que modelo hermenêutico se poderá operacionalizar o *ne bis in idem* e identificar os respetivos contornos e cambiantes, nesta área do direito europeu.

Aqui, as dificuldades da sua transposição do plano nacional para o domínio transnacional, radicam não tanto na diversidade das suas manifestações e dos fundamentos que lhe subjazem mas no modelo imposto pelo Reg. CE n.º 1/2003⁵⁴⁶.

Daí a necessidade de lhe outorgar uma moldura e enquadramento comuns que permita a sua aplicação, na UE, a segmentos da integração tão distintos quanto o direito da concorrência e o ELSJ. Entendê-lo como garantia de defesa facilita a sua transposição para o plano transnacional porquanto, a generalidade das legislações aceita que, nos processos sancionatórios, este pode ser invocado pela defesa como impeditivo da reiteração da ação penal quanto aos mesmos fatos e ao mesmo visado ou, pelo menos, enquanto limite ao poder sancionatório do estado e das entidades públicas⁵⁴⁷.

Defendemos, por isso, que a matriz do *ne bis in idem* europeu em direito da concorrência deverá ter por base uma genealogia dos direitos de defesa das

⁵⁴⁶ Veja-se, neste sentido, VAN BOCKEL, B. *The ne bis in idem principle in EU Law*, Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2010, p. 28.

⁵⁴⁷ Para uma explicitação do *ne bis in idem* enquanto direito fundamental do indivíduo, entre outros: DEN WYNGAERT, C. e STESENS, G.: *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999, pp. 779-804 doi:10.1017/S0020589300063685.

entidades visadas nos procedimentos sancionatórios anticoncorrenciais, entendidos à luz do direito a um processo justo e equitativo e da proibição da sanção injusta e desproporcionada, conceitos subjacentes ao artigo 6.º da CEDH e que devem ser lidos em estreita articulação com o princípio ínsito no art. 50.º da CDFUE.

A consagração de direitos de defesa das empresas nos processos de concorrência foi, sobretudo, o resultado do labor jurisprudencial das instâncias judiciais da UE que desenvolveram, de forma progressiva, um *case law* obtido a partir da CEDH e dos princípios gerais de direito inscritos nas tradições constitucionais dos EM⁵⁴⁸.

O recurso ao art. 50.º da CDFUE como matriz de um *ne bis in idem* europeu não preclui, na nossa ótica, a aplicação dos preceitos da CEDH, em particular, os normativos dos artigos 6.º e do 4.º do P 7. Aliás, ambos podem ser compatibilizados e interpretados em estreita coordenação a fim de alcançar uma interpretação coerente do referido princípio.

Mas porque razão se haverá de estabelecer uma relação entre o art. 50.º da CDFUE e os arts. 6.º CEDH e 4.º do P 7?

Em primeiro lugar, por razões de ordem sistemática a fim de garantir a unidade, a clareza e a preservação da integridade da ordem jurídica europeia. A necessidade de efetuar uma leitura congruente das diversas previsões relativas àquele princípio, no quadro normativo da UE está, também, expressa nas conclusões formuladas pela AG Kokott, no processo *Toshiba Co. Vs Comissão*⁵⁴⁹.

Ali, a AG reitera que nem os Tratados nem o Reg. CE n.º 1/2003 precluíram as competências nacionais, em matéria de direito da concorrência e salienta que: “(...) após o termo do processo da Comissão, as autoridades

⁵⁴⁸ Neste sentido, MARTINHO, H.G. “O direito ao silêncio e à não auto - incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência - uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários”, in C & R - Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, janeiro-março 2010, Instituto de Direito Económico e Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Autoridade da Concorrência, pp. 144- 173.

⁵⁴⁹ Essas conclusões foram apresentadas em 8 de setembro de 2011 e estão disponíveis no sítio <http://www.curia.eu.pt>.

nacionais da concorrência podem, elas próprias, tomar uma decisão, dentro dos limites da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*)”⁵⁵⁰. A AG defende que o *ne bis in idem* constitui um direito fundamental da UE e um princípio geral de direito europeu e que a norma do art. 50.º da CDFUE deve ser aplicada ao caso concreto, por duas razões: porque se trata de uma fonte de direito da UE e porque, o preâmbulo do Reg. CE n.º 1/2003 contém uma remissão expressa para as normas da CDFUE. A necessidade de tal aplicação advém (na perspetiva da AG) da natureza sancionatória ou “quase penal” dos processos da concorrência: “Na realidade, é pacífico que, face ao carácter quase penal dos processos de contraordenação relativos a cartéis, deve neles ser respeitado o princípio *ne bis in idem*.”⁵⁵¹

Em segundo lugar, importa salientar que aqueles normativos complementam-se entre si permitindo ao juiz, através de um processo interpretativo, encontrar respostas às diversas questões que a natureza híbrida do *ne bis in idem* lhe coloca⁵⁵².

Essa complementaridade resulta do fato do art. 50.º da CDFUE representar a constitucionalização do *ne bis in idem* enquanto princípio geral da UE, e abrir o caminho à sua dimensão transnacional, ao passo que, do artigo 6.º da CEDH é possível extrair as normas que corporizam as garantias fundamentais dos procedimentos repressivo-sancionatórios constituindo-se, neste domínio, como referencial axiológico mínimo. Por outro lado, a jurisprudência do TEDH respeitante à interpretação do art. 4.º do P 7 anexo à CEDH, abriu o caminho à ampliação do domínio *ne bis in idem* a matérias que não se circunscrevem ao direito penal mas incluem o direito administrativo sancionador no qual se inclui o

⁵⁵⁰ Vide, ponto 91.) parte final das mencionadas conclusões.

⁵⁵¹ Vide, o ponto 101.) das conclusões da AG Julianne Kokott no processo C- 17/10, *Toshiba Co. Vs Comissão*.

⁵⁵² DANNECKER, G, salienta que: “ (...) the principle “*ne bis in idem*” shows a “split” nature and, therefore, its effects on the following cases can be put into concrete terms: first of all the principle commands that no one may be prosecuted and tried more than once for the same offence after the commensuration of the measure of blameworthiness (...) This command is based on material justice and the principle of proportionality. (...). Further, the principle *ne bis in idem* establishes a prohibition of renewed punishment if more precise examination shows that the first punishment did not fully commensurate the Unrechts und Schuldgehalt of the crime and that only an additional penalty – a Nachschlag- would be equivalente to the Schuldgehalt of the act.”ob.cit, p.165.

direito da concorrência. Ou seja, estes normativos, desde que interpretados numa moldura hermenêutica coerente, permitem ao julgador encontrar um modelo decisório de síntese que permita operacionalizar aquele princípio num contexto plurinormativo e pluridimensional.

Da jurisprudência do TJUE decorre também o estabelecimento de uma estreita ligação entre os normativos da CEDH e a ordem jurídica da UE. No acórdão de 15 de outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij vs Comissão*, o TJUE estabeleceu que o *ne bis in idem* era um princípio fundamental do direito comunitário e recorreu ao n.º 2 do art. 4.º do P 7 da CEDH para explicitar em que condições, à luz do princípio da proibição da dupla incriminação, é admitida uma “reabertura do procedimento sancionatório” em direito da concorrência.

Tomando como ponto de partida as normas acima referidas, analisaremos *infra*, as configurações daquele princípio e a forma como a jurisprudência dos tribunais europeus o aplicou.

4. Dos contornos de aplicação do *ne bis in idem* nos procedimentos sancionatórios em direito da concorrência

Previamente à indagação sobre os contornos dos elementos enformadores do *ne bis in idem* há que questionar quais os seus fundamentos e a pertinência da sua aplicação no campo do direito da concorrência.

A suscetibilidade da sua invocação neste tipo de procedimento tem por base, por um lado, a natureza jurídica do procedimento sancionatório anticoncorrencial e, por outro, a aplicação transversal daquele direito fundamental e garantia de defesa às diversas áreas da integração europeia.

A transversalidade da aplicação do *ne bis in idem* resulta da sua natureza jurídica enquanto princípio geral de direito da UE, ancorado no art. 6.º do TUE, na redação introduzida pelo Tratado de Lisboa, tal como formulado pela jurisprudência do TJUE. Daquele normativo decorre, explicitamente, a autovinculação da UE a respeitar direitos fundamentais e garantias de defesa, em

todas as vertentes da sua atuação, incluindo os direitos e garantias que constem da CEDH.

A aplicação dos normativos da CEDH (arts. 6.º e 4.º do P 7) aos procedimentos europeus da concorrência resulta da convergência de uma pluralidade de fatores, encimada por um princípio de homogeneidade. Homogeneidade que se traduz na necessidade de uma leitura coerente e concordante das normas relativas a direitos fundamentais constantes da CDFUE e da CEDH, de molde evitar interpretações divergentes.

Porém, essa leitura convergente não implica, necessariamente, uma importação *tout court* das normas da CEDH para a ordem jurídica da UE. A aplicação dos normativos da CEDH terá que passar pelo crivo da ordem jurídica da UE, devendo as suas previsões ser interpretadas à luz dos fins e dos objetivos prosseguidos pelos Tratados ⁵⁵³. Assim, sempre que o escopo de protecção oferecido pela CDFUE, ao cidadão (indivíduo ou empresa) for maior, esta prevalecerá sobre as normas da CEDH. Por outro lado, a CEDH deverá ser considerada o ponto de partida de aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo, em aspetos relativamente aos quais a CDFUE se revele omissa, uma vez que, constitui um mínimo denominador comum.

Para além da necessidade de garantir uma interpretação coerente dos direitos fundamentais na UE, outro fator que justifica a aplicação do acervo europeu, em matéria de *ne bis in idem* aos processos de concorrência, decorre da natureza *praeter* criminal desses procedimentos, reconhecida pelos próprios atores europeus. Estes processos, apesar de possuírem uma matriz administrativa, revestem uma natureza sancionatória porquanto, têm como fim “(...) para além da cessação das práticas contra a concorrência, a punição das condutas que as provocam, atribuindo à Comissão o poder de punir os autores com sanções pecuniárias ⁵⁵⁴”.

⁵⁵³ Aliás, decorre do art. 6.º, n.º 2 do TUE que a adesão da UE à CEDH far-se-à sem prejuízo das competências da União, tal como definidas pelos Tratados.

⁵⁵⁴ Vide, ponto 29) das alegações do AG Ruiz Jarabo-Colomer no processo *Aalborg Portland E O/ Comissão*, apresentadas em 11 de fevereiro de 2003.

Nas alegações proferidas no âmbito do Processo C- 489/10, em 15 de dezembro de 2011, relativas ao pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Sąd Najwyższy* (República da Polónia) ao TJUE, a AG *Kokott* explicava que: “ O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou mais aprofundadamente acerca da questão de saber quais são os pressupostos que têm de estar preenchidos para que certo processo tenha carácter penal ou características semelhantes a um processo penal que conduza à aplicação do princípio *ne bis in idem* (...) Porém, ainda que o TJUE não se tenha pronunciado acerca de processos como o que vem previsto no artigo 138.º, n.º 1, do Reg. CE n.º 1/2003 e do Reg. CE n.º 1973/2004, como tendo carácter penal ou características semelhantes a um processo penal, na aceção do princípio *ne bis in idem*, o fato é que já se pronunciou acerca da aplicabilidade de outros princípios extraídos do domínio penal a processos de natureza comparável.”

Nas conclusões, a AG advoga que tem sido no contexto do direito europeu da concorrência que, o TJUE tem ensaiado e desenvolvido os critérios que, em seu entender, são suscetíveis de definir o carácter penal de um procedimento (inspirados na jurisprudência *Engel*⁵⁵⁵ do TEDH) a saber, o da natureza das infrações aplicadas e o objetivo que lhes subjaz⁵⁵⁶. Reside aqui, em nosso entender, mais um argumento em favor da necessidade de uma leitura coerente entre as disposições da CDFUE e da CEDH, dado que, é o próprio TJUE que tem feito apelo às soluções jurisprudenciais do TEDH para resolver questões emergentes do contencioso europeu. A qualificação de um determinado procedimento como penal é determinante para avaliar quer o tipo de normativos,

⁵⁵⁵ O TEDH desenvolveu esses critérios em diversos arestos, entre outros, no acórdão *Engel e o c. Pays Bas* de 8 de junho de 1976 (Grande Secção), série- A 22, n.º 82, petições n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, disponível para consulta em <http://www.echr.coe.int>.

⁵⁵⁶ A posição que vem sendo, recentemente, assumida pelos advogados gerais e pelo próprio TJUE aponta para a aplicação dos critérios do TEDH, para determinação do carácter materialmente penal dos procedimentos, ao direito da concorrência. Neste sentido, vejam-se as conclusões da AG Sharpston apresentadas em 10 de fevereiro de 2011 no processo KME (C-272/09 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.º 61 e segs.), bem como, as conclusões do AG Bot apresentadas em 26 de outubro de 2010 no processo *ThyssenKrupp Nirosta*, anteriormente, *ThyssenKrupp Stainless/Comissão* (C-352/09 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.ºs 48 e segs.) e no processo *ArcelorMittal Luxemburg/Comissão* (C-201/09 P e C-216/09 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.ºs 40 e segs. Quanto ao carácter penal do procedimento em matéria de repressão de práticas anticoncorrenciais, TEDH, acórdão *Menarini c. Itália* de 27 de setembro de 2011 (n.º 43509/08, ainda não publicado *Recueil des arrêts et décisions*).

quer os direitos e garantias processuais que lhe podem ser aplicados. Consequentemente, ao qualificar-se um procedimento anti-concorrencial como procedimento materialmente penal admite-se a aplicação de um conjunto de prerrogativas legais compagináveis com essa natureza⁵⁵⁷.

O carácter sancionatório do procedimento anti-concorrencial e o compromisso da UE com a tutela dos direitos fundamentais (reconhecido pela jurisprudência europeia em arestos anteriores à entrada em vigor do art. 6.º do TUE) conduz à aplicação, nesse âmbito, de um acervo de direitos e garantias de defesa, entre as quais, o *ne bis in idem*⁵⁵⁸.

Os processos relativos às violações ao direito europeu da concorrência, pela natureza das sanções aplicadas e consequências na esfera jurídica dos visados (sobretudo, de carácter económico) devem assegurar o respeito pelas garantias de defesa no contexto de um processo equitativo. Essa lógica ficou expressa no Acórdão do Tribunal de 1ª Instância, proferido em 19 de fevereiro de 2001, no caso T - 112/98 *Mannesmannrohren – Werke AG*, nos seguintes moldes:

“77. (...) há que sublinhar que o direito comunitário reconhece o princípio fundamental do respeito dos direitos da defesa, bem como o direito a um processo equitativo (v. Acórdãos do Tribunal de Justiça *Baustahlgewebe/Comissão*, já referido, n.º 21 e de 28 de Março de 2000, *Krombach* C 7/98 Colect. P.I 1935, n.º 26)”.

Também no Acórdão do Tribunal de Justiça, proferido em 15 de outubro de 2002 - *Limburghse Vinyl Maatshapij*, se considerou que “5. O respeito do direito de defesa em qualquer processo susceptível de ter como resultado a aplicação de sanções, nomeadamente coimas e multas, constitui um princípio fundamental do

⁵⁵⁷ Vide, os pontos 45) a 50) das alegações da AG, Juliane Kokott, proferidas em 15 de dezembro de 2011, no âmbito do processo C- 489/10, disponíveis no sítio [http:// www.curia.eu.pt](http://www.curia.eu.pt), consultado em 26.03.2014.

⁵⁵⁸ A norma do art. 23.º, n.º 5 do Reg. CE n.º 1/2003 que, expressamente estatui que, as sanções previstas nos n.ºs 1 e 2 daquele normativo não revestem carácter penal, não afasta o entendimento da jurisprudência do TEDH, quanto ao carácter materialmente penal dos procedimentos sancionatórios em direito da concorrência, para efeitos de aplicação das garantias de defesa previstas no art. 6.º da CEDH.

direito comunitário, que deve ser observado mesmo tratando-se de um procedimento de natureza administrativa”.

Em matéria de garantias de defesa, os processos sancionatórios anticoncorrenciais devem observar os princípios ínsitos no artigo 6.º da CEDH porquanto, na esteira da jurisprudência do TEDH, este normativo é aplicável aos procedimentos de natureza administrativa de caráter repressivo e sancionatório.

Tendo em conta a aplicação das garantias do processo justo a estes procedimentos as empresas também beneficiam da garantia *ne bis in idem* ínsita no artigo 50.º da CDFUE (isto apesar da redação do preceito não o estabelecer de forma clara) uma vez que, a formulação utilizada neste normativo é suficientemente ampla para acomodar esta interpretação ⁵⁵⁹.

Em 1969, o TJCE teve oportunidade de se pronunciar, pela primeira vez, sobre a questão dos poderes da Comunidade e das autoridades nacionais em matéria de direito da concorrência e da duplicação de sanções administrativas, no Acórdão *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, relativamente à aplicação do Reg. CE n.º 17/62 ⁵⁶⁰.

Nesta decisão, proferida em 13 de fevereiro de 1969, o Tribunal admitiu a cumulação de sanções comunitárias e sanções internas em direito da concorrência, argumentando que, umas e outras tutelam interesses distintos: as primeiras visavam sancionar comportamentos contrários aos fins prosseguidos pela comunidade e, as segundas, reportavam-se aos efeitos perniciosos de tais comportamentos no mercado interno, tendo sempre como pano de fundo o princípio de prevalência do direito comunitário, princípio este que impediria o afastamento da aplicação destas normas.

Porém, nesse acórdão, o Tribunal não aborda diretamente a questão da aplicação do princípio *ne bis in idem* ao direito da concorrência mas reporta-se antes à aplicação do princípio do desconto, num contexto de equidade. Nesse

⁵⁵⁹ Neste sentido, DANNECKER, G. ob cit. p. 178.

⁵⁶⁰ No entanto, a primeira decisão jurisprudencial europeia conhecida em matéria de *ne bis in idem* diz respeito a competências disciplinares sobre funcionários das Comunidades, tratando-se do já referido acórdão *Gutmann*, proferido em 15 de março de 1967.

sentido, o acórdão formulou uma restrição à duplicação de sanções visando minimizar o impacto negativo que a admissibilidade desse duplo sancionamento poderia provocar nos agentes económicos, traduzido na expressão germânica *Anrechnungsprinzip* ou princípio do desconto.

A ideia que lhe subjaz é a de que a sanção a aplicar no segundo procedimento, deverá ter em consideração a sanção anteriormente aplicada no primeiro emergindo aqui, no entendimento de alguma doutrina, o reconhecimento implícito ou um afloramento de um *ne bis in idem* europeu, associado a um princípio geral de equidade no exercício desse *ius puniendi* ⁵⁶¹:

“(…) se a existência de procedimentos paralelos implicam sanções consecutivas, uma exigência de justiça natural implica que qualquer decisão punitiva anterior seja levada em linha de conta na determinação da sanção que vier a ser imposta ⁵⁶² .”

Da leitura do acórdão *Wilhelm* não se logra extrair uma delimitação clara dos contornos do princípio *ne bis in idem* relativamente ao princípio do desconto. Isto porque, o Tribunal não estende os efeitos *ne bis in idem* ao procedimento propriamente dito (inibindo a sua instauração) e apenas reconhece a possibilidade, quer aos EM, quer à Comissão, de accionarem procedimentos paralelos, situação que perdura até hoje, após a entrada em vigor do Reg. CE n.º 1/2003.

No caso, o Tribunal apenas mitigou o impacto desse entendimento amplo, aplicando o *Anrechnungsprinzip* o que significa que, no direito europeu da concorrência, o *ne bis in idem* não pode ancorar-se no princípio da unidade da ação repressiva.

⁵⁶¹ DE LÉON VILLALBA, F.J, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del «ne bis in idem»*, Bosch, 1998, p. 566.

⁵⁶² Tradução nossa do inglês: “(…) If the existence of parallel procedures entails consecutive sanctions, a general requirement of natural justice demands that any previous punitive decision must be taken into account in determining any sanction which is to be imposed.” in Acórdão do Tribunal de 13 February 1969 - *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*. - Reference for a preliminary ruling: *Kammergericht Berlin - Germany*. Case 14-68, consultado na versão inglesa em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61968J0014:EN:HTML>, em 10.05.09.

Para León de Villalba, o reconhecimento de um poder sancionatório paralelo das autoridades comunitárias e das autoridades nacionais coloca, inevitavelmente, questões de conflitos de jurisdição entre a ordem interna e a ordem comunitária erguendo-se, neste entendimento, o *ne bis in idem*, como um critério de resolução do problema ⁵⁶³.

Em nossa opinião, conforme já explicado no âmbito do ELSJ, a temática *ne bis in idem* deve ser emancipada dos conflitos de jurisdição. Aliás, essa proximidade tem levado muita doutrina (bem como as próprias instituições da UE) a associar as duas temáticas e a tratá-las de forma interligada ⁵⁶⁴.

A utilização do *ne bis in idem* como critério/elemento decisório da jurisdição competente conduz a resultados insatisfatórios dado que, não resolve a temática dos conflitos negativos de jurisdição e, no que toca aos conflitos positivos produz resultados aleatórios podendo, inclusivamente, potenciar fenómenos de *fórum shopping*.

Se aceitarmos que o fundamento do *ne bis in idem* reside no princípio de unidade da ação repressiva teremos de concluir que, o princípio do desconto ou o princípio da proibição da acumulação de sanções, não se confunde com o *ne bis in idem*, uma vez que, ambos são, por natureza, auto-excludentes, operando em momentos distintos ⁵⁶⁵.

Todavia, se perspetivarmos o *ne bis in idem* como princípio fundamental de direito europeu e garantia de defesa que se opõe à duplicação do sancionamento, contra os mesmos sujeitos relativamente aos mesmos fatos, teremos de concluir que ambos têm como substrato comum a equidade, a proporcionalidade e a justiça material.

Não obstante, a doutrina continua a efetuar uma clara distinção entre eles salientando que, o princípio do desconto só tem aplicação quando o *ne bis in*

⁵⁶³ DE LÉON DE VILLALBA, F.J, ob.cit. p. 570.

⁵⁶⁴ Veja-se, CAEIRO, P. *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, KritiV-Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 4/2010, jahrgang 93, Nomos, 367.

⁵⁶⁵ Vide, PAULIS, E. e GAUER, C. in : “*Le règlement n.º 1/2003 et le principe du ne bis in idem*”, Concurrências - RDUC, n.º1, 2005.

idem não opera, ou seja, o primeiro só é relevante quando, apesar dos fatos em apreço serem os mesmos, o segundo não for aplicável:

“(…) este conceito é conhecido em direito comunitário como um princípio de equidade cuja aplicação é reservada aos casos em que o *ne bis in idem* não se aplica.”⁵⁶⁶

Esta distinção concetual entre *ne bis in idem* e princípio do desconto é também assinalada, no domínio do direito da concorrência, nas alegações apresentadas ao TJUE, em 11 de fevereiro de 2003, pelo AG Ruiz Jarabo-Colomer, no caso *Aalborg Portland E o. vs Comissão*⁵⁶⁷, nos seguintes moldes:

178. “A solução de a segunda autoridade interveniente diminuir a sanção em razão do montante da coima aplicada por quem primeiro reprimiu, que foi adotada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Wilhelm*, não cumpre as exigências do princípio *ne bis in idem*. Este princípio não é uma mera regra de procedimento que funciona como um lenitivo ao serviço da proporcionalidade, quando uma pessoa é duplamente julgada e punida por uma mesma conduta, mas sim uma garantia fundamental dos cidadãos.”

Apesar da distinção entre *ne bis in idem* e princípio do desconto a interpretação que o AG e o TJUE efetuam dos elementos constituintes daquele princípio-garantia inviabiliza uma efetiva protecção dos visados contra a duplicação ou multiplicação de sanções, no direito da concorrência da UE. Por essa razão, numa lógica pragmática-utilitarista entendemos que, essa tutela efetiva no atual quadro normativo e institucional, apenas poderá passar pela interligação entre *ne bis in idem* e proporcionalidade (ou proibição do excesso) à luz de um princípio de equidade e justiça material.

Estabelecidos os pressupostos em que assenta o reconhecimento da aplicação do princípio *ne bis in idem* no direito da concorrência (a tutela dos direitos fundamentais e das garantias de defesa e o carácter penal daqueles

⁵⁶⁶ PAULIS, E. e GAUER, C, ob. cit. : Tradução nossa do francês :“ (…) ce concept est connu en droit communautaire comme un principe d’ équité don’t l’ application est réservé aux cas dans lesquels le *ne bis in idem* ne s’ applique pas.”.

⁵⁶⁷ Acórdão que viria a ser proferido em 07 de janeiro de 2004, nos apensos C -204/00 P, C-205/00 P, C -211/00 P, C-213/00 P, C- 217/00 P e C -219/00 P.

procedimentos) importa agora elucidar o sentido e o alcance dos seus elementos constitutivos – o *bis* e o *idem*.

5. Os elementos *bis e idem* à luz da jurisprudência europeia no direito da concorrência: quadro geral

Apesar do *ne bis in idem* fundar as suas raízes históricas no âmbito do direito penal foi no domínio do contencioso disciplinar⁵⁶⁸ e, posteriormente, no domínio da concorrência que, a jurisprudência do TJUE começou a delinear os contornos daquele princípio e dos elementos que o compõem.

Não deixa de ser paradoxal que, de um ponto de vista ontogenético, o nascimento do *ne bis in idem* na UE haja ocorrido num domínio distinto do penal e tendo como destinatários os entes coletivos.

Relativamente ao elemento *bis* as suas características extraem-se do modelo institucional previsto no Reg. CE. Nº 1/2003 e do mecanismo de repartição de competências dentro da REC. Efetivamente, aquele regulamento apesar de introduzir uma filosofia descentralizadora manteve o papel cimeiro da CE, na aplicação do direito europeu da concorrência, traçando uma distinção entre as dimensões nacionais e europeias da aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE. Consequentemente, as decisões das ANC apenas produzem efeitos dentro do território do respetivo EM, tal como é salientado pela Comissão no Livro Branco relativo à reforma do regulamento 17 de 29 de Fevereiro de 2000: “as decisões das autoridades nacionais da concorrência apenas são executórias no seu próprio território, não permitindo consequentemente resolver os casos que implicam diversos territórios nacionais”⁵⁶⁹.

Em contrapartida, as decisões da Comissão precludem a actuação das ANC relativamente aos mesmos acordos, práticas ou decisões anticoncorrenciais e mostram-se dotadas de características *erga omnes*, ou seja, estendem os seus

⁵⁶⁸ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça, proferido em 05 de maio de 1967, *Max Guttman vs. Comissão* (processos apensos 18 e 35/65).

⁵⁶⁹ Vide, CAMACHO, C.ob.cit.p.126.

efeitos ao território de toda a União e vinculam um âmbito alargado de entidades, desde as ANC aos tribunais nacionais.

Por outro lado, a jurisprudência europeia não reconhece qualquer efeito *bis* às decisões proferidas por autoridades da concorrência de estados terceiros à UE, conforme se constatou na análise da jurisprudência *Boehringer II* (processo 7/72), acórdão proferido pelo TJ em 14 de dezembro de 1972.

No tocante ao elemento *idem* o TJUE tem vindo a densificar, no âmbito do ELSJ, um critério de *idem factum*, ou seja, um critério de ordem naturalística. É esse entendimento que lhe permite (bem como às autoridades judiciárias e policiais nacionais) efetuar a comparação entre os elementos contidos nos processos “paralelos” que correm termos noutra jurisdição facilitando a operatividade daquela garantia.

A persistência do *idem factum* como componente intrínseca do *ne bis in idem* é uma singularidade do direito da UE que permitiu ao TJUE abrir caminho à supranacionalização daquele princípio jurídico. Além do mais, facilitou a sua expansão para além das fronteiras da territorialidade estadual, reforçando a sua vocação garantística e de direito de defesa.

Foi por força da aplicação desse critério naturalístico que, o AG Jarabo-Colomer defendeu no caso *Van Esbroek* (processo C-436/04) que, só assim seria possível superar a ausência de harmonização das normas do direito penal substantivo, nas diversas jurisdições dos EM. Este entendimento viria a ser mantido, reiteradamente, pelo TJUE, em acórdãos subsequentes (*Van Straaten*, *Gasparini e Kretzinger*).

Para o TJUE se, no contexto do ELSJ, as autoridades nacionais interpretassem o elemento *idem* à luz de um critério legal (que tivesse em conta os bens jurídicos protegidos e os respetivos tipos incriminadores) atenta a diversidade das legislações nacionais e o *deficit* de harmonização, nunca seria possível (ou tal tarefa estaria particularmente dificultada) aplicar aquele princípio-garantia.

Todavia, no direito europeu da concorrência, a configuração do princípio é distinta, revestindo uma aplicação mais restritiva e afastando-se, concetualmente, da construção efetuada no ELSJ. Em direito da concorrência, a jurisprudência do TJUE defende que, a operacionalidade do *ne bis in idem* depende de três factores cumulativos: a coincidência dos fatos, a existência de um só infrator e a unidade do bem jurídico.

Esta jurisprudência foi sendo delineada pelo órgão jurisdicional europeu nos acórdãos *Walt Wilhelm, Boehringer vs. Comissão*, no acórdão *Tréfileurope/Comissão*, T -141/89 de 19 de abril de 1995, no *Acórdão Aalborg Portland vs Comissão* de 07 de janeiro de 2004 e manteve-se no *Acórdão Toshiba*.

No ponto 338) do acórdão *Aalborg Portland e O. Vs Comissão*, o órgão jurisdicional assume este requisito triplo como condição da aplicação do *ne bis in idem*.

O critério do bem jurídico protegido é o fator distintivo que permite ao TJUE afastar a invocação do princípio *ne bis in idem* nos procedimentos paralelos, relativos aos mesmos infratores e às mesmas práticas anti-concorrenciais, instaurados pelas autoridades nacionais e pela Comissão. É por esta via que, o TJUE salvaguarda o mecanismo das competências paralelas (previsto no Reg. CE n.º17/62 e agora espelhado no Reg. CE n.º 1/2003).

O critério do bem jurídico (ou, noutra formulação, o critério dos interesses legalmente protegidos) serve também de elemento diferenciador para afastar a aplicabilidade do *ne bis in idem* nos procedimentos anticoncorrenciais com dimensão internacional.

Para o TJUE não existirá uma violação do princípio *ne bis in idem* no caso de subsistirem procedimentos paralelos instaurados pela Comissão e por uma ANC porquanto:

i. a ANC deixa de ter competência para aplicar as normas europeias em matéria de direito de concorrência logo que, a Comissão decida instaurar um procedimento relativo aos mesmos acordos e/ou práticas;

ii. ao limitar-se a aplicar as normas do seu direito interno, a ANC não está a duplicar procedimentos porquanto, tais normas prosseguem bens jurídicos distintos dos prosseguidos pelas normas do direito europeu e os efeitos da decisão nacional circunscrevem-se ao território do estado membro em causa;

iii. quando aplica os arts. 101.º e 102.º do TFUE, a ANC deve seguir a interpretação efectuada pela Comissão evitando decisões conflitantes.

Relativamente à duplicação de procedimentos e à aplicação de sanções pela Comissão e pelas ANC, o TJUE apenas admite a aplicação do princípio do desconto como forma de garantir a equidade e considerando a estreita interdependência entre os mercados nacionais e o mercado comum (*vide*, ponto 141 do acórdão do TPI, processo *Tokai Carbon*, proferido em 29 de abril de 2004)⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Este Acórdão reuniu os Apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T - 251/01 e T - 252/01.

6. O elemento *bis* no quadro do relacionamento entre os tribunais nacionais e a Comissão Europeia

6.1 As competências dos tribunais nacionais e da Comissão Europeia na dimensão de *public enforcement*

A intervenção dos tribunais nacionais no domínio do direito da concorrência pode ter lugar a três níveis:

- i. o tribunal pode ser designado, pela lei interna do estado membro, como autoridade nacional da concorrência;
- ii. o tribunal pode ter poderes de revisão e apreciação, em sede de recurso, das decisões da ANC;
- iii. o tribunal pode apreciar queixas de particulares, por danos emergentes de violações aos arts.101.º e 102.º do TFUE, trata-se da dimensão de *private enforcement*.

De acordo com o Reg. CE n.º 1/2003 os tribunais nacionais podem ter competências para apreciar e decidir litígios que envolvam violações das normas da concorrência porquanto estes: “(...) ao deliberarem sobre litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente, através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções ⁵⁷¹”. Neste sentido, o papel dos tribunais nacionais complementa o das ANC ao abrir caminho a uma dimensão de tutela privada das violações ao direito da concorrência.

Importa, por isso, assinalar que os tribunais nacionais assumem dois tipos de intervenção: de *public* e *private enforcement*.

Neste capítulo, circunscrever-nos-emos à primeira dimensão.

O art. 15.º do Reg. CE n.º 1/2003 prevê um conjunto de disposições que revelam a interdependência que se procurou estabelecer entre a Comissão e os tribunais nacionais, ao abrigo do princípio da cooperação leal:

⁵⁷¹ Atente-se nos considerandos 3), 4) e 7) do mencionado regulamento.

- i. o art. 15.º, n.º 1 permite aos juízes nacionais colocarem diretamente questões à Comissão, no tocante à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE;
- ii. o seu n.º 2 obriga os tribunais nacionais a remeterem à Comissão cópia das decisões, das quais, resulte aplicação do direito europeu da concorrência;
- iii. o art. 15.º, n.º 3 assegura à Comissão a intervenção nos processos nacionais, enquanto *Amicus Curiae*, incluindo a possibilidade de produzir alegações escritas e orais, mediante autorização do juiz do processo ⁵⁷²;

Apesar das opiniões da Comissão formuladas ao abrigo do art. 15.º, n.º 1 e das alegações produzidas, nos termos previstos no n.º 3 do mesmo artigo do Reg. CE n.º 1/2003, não assumirem carácter vinculativo ⁵⁷³ constituem, todavia, instrumentos de persuasão, suscetíveis de influenciar de forma determinante a resolução do caso tendo em conta, sobretudo, a complexidade técnica de muitas das questões envolvidas e a deficiente formação dos juízes nacionais nesta área da integração.

A norma do art. 16.º, n.º 1 do Reg. CE n.º 1/2003 estabelece dois limites à intervenção dos tribunais nacionais: estes não podem decidir em sentido contrário ao de uma decisão já tomada pela Comissão ⁵⁷⁴ e, no tocante a procedimentos, simultaneamente, pendentes na Comissão e nos tribunais nacionais, a Comissão assume prioridade decisória, devendo aqueles suspender o processo nacional.

Por outro lado, os tribunais nacionais não podem tomar decisões das quais resulte uma declaração de inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, dado

⁵⁷² RAFFAELI, E.A, ob. cit. p. 242.

⁵⁷³ Vide, o § 19) da Comunicação da Comissão sobre a cooperação com os tribunais nacionais.

⁵⁷⁴ A legalidade desta norma parece-nos duvidosa em face dos princípios da independência do poder judicial e da autonomia processual dos EM. Afigura-se-nos que, a “obediência” dos tribunais nacionais ao direito europeu da concorrência (de molde a obter uma interpretação concordante e uniforme desse direito) far-se-à, sobretudo, através de critérios interpretativos relacionados com o princípio do primado do direito europeu e o efeito direto dos regulamentos e não por via de uma injunção legislativa. Neste sentido, veja-se, ORTIZ BLANCO L. e JÖRGENS, K.J . *Antitrust rules in EC Competition Procedure*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 72:

“It should be noted that national courts act in their capacity as ordinary jurisdictional bodies i.e, not as competition authorities; thus, they are not part of the ECN and not bound to give up a case because the Commission has started a proceedings at the same time. Such a situation could conflict with the necessary independence of the judiciary, and with the different tasks assigned to courts and public authorities in charged of competition enforcement.”

que, estas constituem uma competência exclusiva da Comissão que atua, nos termos previstos no art. 10.º do Reg. CE n.º 1/2003 ao abrigo de prerrogativas de defesa do interesse público.

No que concerne às decisões de isenção, tomadas pela Comissão, relativamente a determinadas categorias de acordos e práticas concertadas, ao abrigo do art. 101.º, n.º 3 do TFUE constata-se também que, os tribunais nacionais não se encontram em pé de igualdade nem com a Comissão nem com as ANC. Apesar de, à luz do Reg. CE n.º 1/2003, os tribunais nacionais possuírem competência para apreciar e decidir casos que se prendem com a aplicação do art. 101.º do TFUE (o que engloba a apreciação das condições de isenção previstas no seu n.º 3) não têm competência para excluir um acordo ou prática daquele regime de isenção.

Todavia, as normas que regem a forma como os tribunais nacionais apreciam e decidem as ações colocadas à sua apreciação dependem do ordenamento nacional. De acordo com a jurisprudência do TJUE, os EM estão vinculados a criar esses mecanismos nas ordens jurídicas internas. Isto significa também que, ao contrário do que acontece com as autoridades nacionais da concorrência (cuja competência fica precludida assim que a Comissão inicia um procedimento relativo à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE) os tribunais nacionais podem ter que apreciar uma ação, que diga respeito ao âmbito de aplicação daqueles normativos, ao mesmo tempo que, a Comissão aprecia fatualidade semelhante, relativamente aos mesmos preceitos.

Neste caso, são configuráveis duas hipóteses:

- i. a Comissão ainda não proferiu decisão;
- ii. a Comissão já decidiu a questão.

Na primeira situação, o tribunal nacional pode pedir à Comissão que informe se já iniciou um procedimento relativamente ao caso, o estado desse procedimento e qual a probabilidade de vir a ser proferida uma decisão ⁵⁷⁵. Se a Comissão estiver já a investigar o caso, o tribunal nacional deverá sustentar o

⁵⁷⁵ Esta possibilidade está, atualmente, prevista no texto do art. 15º, n.º1 do Reg. CE n.º 1/2003.

procedimento interno e aguardar a tomada de posição da Comissão. Caso a Comissão já haja tomado uma decisão, num caso semelhante, o tribunal nacional está adstrito a seguir a mesma linha de entendimento ⁵⁷⁶.

Uma terceira alternativa, traduz-se na possibilidade do tribunal nacional deduzir um pedido de reenvio prejudicial colocando a questão ao TJUE, caso não se conforme com o posicionamento da Comissão.

Na segunda situação, como já se tem vindo a salientar (na sequência, da norma do art. 16.º e da jurisprudência *Masterfoods*), os tribunais nacionais não podem decidir em sentido divergente ao já decidido pela Comissão, tendo em conta a natureza vinculativa das decisões por esta proferidas:

“A obrigatoriedade dos tribunais nacionais de não adotarem decisões contrárias às já proferidas pela Comissão permite, não apenas evitar decisões conflituantes, como resolver conflitos pré-existentes ⁵⁷⁷.”

Nas alegações proferidas no processo *Masterfoods*, o AG Cosmas explicitou os contornos dessa vinculatividade, pelo que, de acordo com a sua argumentação, a força vinculativa das decisões tem que ser “testada” no caso concreto, através da análise dos respectivos fundamentos:

“ (...) uma conexão entre o problema legal que se apresenta ao tribunal nacional e o que está a ser examinado pela Comissão, não é só por si suficiente. Nem tão pouco a semelhança legal e fatural do contexto do caso (...) esse risco apenas surge quando uma decisão vinculativa proferida ou a proferir pelo

⁵⁷⁶ Vide, MATEUS, A.M : *Sobre os fundamentos do Direito e da Economia da Concorrência*, Seminário para Juizes de Direito sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência, Tomar 13 de janeiro de 2006, versão disponível em www.concorrência.pt, consultado em 22 de janeiro de 2014: “Na perspetiva de vários especialistas, o Tratado de Roma protagonizou uma real transferência de soberania quer em termos de capacidade de aplicação das regras da concorrência às empresas, quer aos próprios EM. De fato, há muitos anos que a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, sobretudo, nos casos *Costa/Enel*, *Bosch*, *Van Gend En Loos*, pode ser interpretada como fundamentando um modelo de transferência de soberania para as instâncias comunitárias, e que essa transferência moldou aspetos determinantes da nova política da concorrência.”

⁵⁷⁷ Tradução nossa do inglês: “The obligation of national courts not to adopt a decision conflicting with a prior decision of the Commission could play a role not only in avoiding conflicting decisions but also in resolving conflicts which have already arisen.” Vide ORTIZ BLANCO e JÖRGENS, J,K, ob. cit, p. 80.

tribunal nacional conflitua com os fundamentos e a parte operativa da decisão da Comissão⁵⁷⁸.”

Para o AG Cosmas, a vinculatividade das decisões da Comissão apenas se revela nos casos em que haja uma identidade fático- normativa entre os elementos do processo administrativo da Comissão e os do processo nacional:

“ (...) o risco de decisões conflitantes pode ocorrer apenas quando o contexto legal e fático do caso que está a ser examinado na Comissão é totalmente idêntico ao apresentado perante os tribunais nacionais (...)”⁵⁷⁹.

A vinculatividade das decisões da Comissão para os tribunais nacionais reveste particular importância a dois níveis: assume uma dimensão de ordem pública porquanto, assegura a coerência e a uniformidade na aplicação do direito europeu que ultrapassa as diversas configurações dos sistemas processuais de cada estado membro e reveste uma dimensão *bis* que não se confunde com a figura do caso julgado.

O efeito *bis* das decisões da Comissão Europeia assume natureza atípica no que respeita ao entendimento dominante deste elemento do princípio-garantia.

Tradicionalmente, este surge associado à figura do *caso julgado* ou *da res judicata*. Esta constitui uma figura de carácter processual que garante a estabilidade e a definitividade das situações jurídicas, colocando os mesmos sujeitos processuais ao abrigo de uma nova causa relativa aos mesmos fatos, quando uma anterior já foi definitivamente julgada ou, pelo menos, alvo de um juízo quanto ao mérito, trata-se da dimensão negativa do caso julgado: “O adágio

⁵⁷⁸ Tradução nossa do inglês: “(...) a connection between the legal problem which arises before the national court and that being examined by the Commission is not in itself sufficient. Nor is the similarity of the legal problem where the legal and factual context of the case being examined by the Commission is not completely identical to that before the national courts.(...) such a risk only arises when the binding authority which the decision of the national court has or will have, conflicts with the grounds and operative part of the Commission’s decision” in Alegações do AG Cosmas, no processo *Masterfoods*, citado por KOMNINOS, A.P. ob. cit. p.660.

⁵⁷⁹ Tradução nossa do inglês, “(...) a risk of conflicting decisions may occur only when “the legal and factual context of the case being examined by the Commission is completely identical to that before national courts.” vide, ob.cit. § 16.

ne bis in idem é frequentemente utilizado para exprimir o princípio da autoridade do caso julgado penal⁵⁸⁰,

Lelieur - Fischer⁵⁸¹ procura, como se referiu, emancipar o princípio *ne bis in idem* da figura do caso julgado e associá-lo a um princípio de preclusão da ação repressiva ou, na terminologia francesa, a um princípio da unidade da ação repressiva, recuperando, desta forma, os ensinamentos da doutrina *jus* penalista alemã (Binding e Sauer)⁵⁸².

Nesta ótica, o princípio da unidade da ação repressiva impediria a instauração de um segundo procedimento contra o mesmo sujeito, relativo aos mesmos fatos. Todavia, uma vez transposta para o direito da concorrência, esta abordagem não permite compreender, cabalmente, a forma como o *ne bis in idem* opera.

Em rigor, nem a figura do caso julgado nem o princípio da unidade da ação repressiva podem eficazmente e, nas atuais configurações institucionais, fundamentar a presença do *ne bis in idem* no direito europeu da concorrência.

Relativamente ao caso julgado, a Comissão propugna uma visão muito restritiva dos respetivos efeitos. Para a Comissão, uma decisão definitiva de um tribunal nacional não preclui a possibilidade daquela entidade vir,

⁵⁸⁰ Tradução nossa do francês: “L’adage *non bis in idem* est couramment utilisé pour exprimer le principe d’autorité de la chose jugée au criminel” in MERLE, R. e VITU, A: *Traité de Droit Criminel. Procédure pénale*, tome 2, Paris, Cujas, 5^{ème} éd. 2001, p. 885.

⁵⁸¹ Vide, LELIEUR- FISCHER, : *La règle ne bis in idem - Du principe de la l’autorité de la chose jugée au principe d’unicité d’action repressive, etude à la lumière des droits français, allemande et européen*, these de doctorat, Université Panthéon –Sorbonne, (Paris I), Max Planck- Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Feibourg im Breisgau, p. 65 e 66.

⁵⁸² Esta autora elenca quatro razões, pelas quais, o caso julgado não é adequado, na sua ótica, a fundamentar a aplicação do princípio *ne bis in idem*: em primeiro lugar, a aplicação do *ne bis in idem* torna-se mais difícil quando estão em causa diferentes qualificações jurídicas do mesmo comportamento e que fundamentam o segundo procedimento. Em segundo lugar, o reconhecimento da aplicação do princípio (pelo menos na ordem jurídica francesa) não opera quando estão em causa procedimentos de direito administrativo e de direito penal. Uma terceira razão aponta também para a dificuldade de ancorar o *ne bis in idem* como produto do caso julgado quando está em causa uma dimensão transfronteiriça (ilustra este argumento com o regime de exceções previsto no art. 55.º da CAAS, uma vez que, por exemplo, na ordem jurídica alemã apenas se reconhece o efeito *ne bis in idem* no quadro dos países aderentes àquela convenção). Finalmente, um quarto argumento, prende-se com a sobreposição de jurisdições como acontece no direito europeu da concorrência.

posteriormente, a proferir uma decisão em sentido contrário, uma vez que, o caso julgado formado pela decisão do tribunal nacional vale apenas *inter partes* ⁵⁸³.

Em contrapartida, a decisão da Comissão é vinculativa e tem um efeito *erga omnes* aplicando-se, obrigatoriamente, a todas as jurisdições dos EM e às autoridades nacionais da concorrência mesmo que não constitua (ainda) uma decisão definitiva ⁵⁸⁴.

Este efeito vinculativo não resulta do caso julgado mas ancora-se no princípio do primado do direito europeu, no dever de cooperação leal e nas particularidades institucionais do sistema europeu de repartição de competências entre a Comissão, os tribunais nacionais e as autoridades nacionais da concorrência (*vide* ponto 101 do Livro Branco). Também não resulta de um princípio de unidade da ação repressiva. Efetivamente, no âmbito do direito europeu da concorrência a regra é a da pluralidade das ações repressivas porquanto, em abstrato, qualquer ANC pode investigar e reprimir práticas violadoras dos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

Ademais, o fato da decisão da Comissão ter sido objeto de um recurso para o TJUE não prejudica a sua vinculatividade para os restantes atores institucionais, tal poderá é traduzir-se apenas, no tocante aos tribunais nacionais, na suspensão do processo interno enquanto essa decisão não transitar em julgado.

Em suma, o sistema instituído pelo Reg. CE n.º 1/200 apesar de consagrar a subordinação dos juízes nacionais à Comissão e limitar a sua independência (colocando em risco um dos pilares da democracia que é a separação de poderes) assegura simultaneamente, a coerência do sistema e reforça a segurança jurídica, em torno da aplicação dos mencionados normativos.

⁵⁸³ *Vide*, o ponto 102 al. 2) do Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, (1999/C 132/01), publicado no J.O C 132/1, de 12.05.1999.

⁵⁸⁴ ORTIZ BLANCO e JÖRGENS, K.J, ob. cit. p. 80.

7. O elemento *idem* em direito europeu da concorrência

A jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da UE no que respeita ao elemento *idem*, tem sido coerente e constante. Tem reconhecido o *ne bis in idem* como direito e princípio fundamental da ordem jurídica europeia, mas limita-lhe o alcance através de uma densificação restritiva do elemento *idem*, em defesa da estrutura e das finalidades prosseguidas pelo sistema jurídico da UE, no contexto do direito da concorrência⁵⁸⁵.

A tradição jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais europeus tem propugnado pela compatibilidade *ne bis in idem* dos procedimentos paralelos instituídos, pela Comissão e pelas ANC. Desde a jurisprudência *Walt Wilhelm* essa compatibilidade tem sido ancorada nos diferentes fins prosseguidos pela Comissão e pelas ANC.

Importa, no entanto, salientar que, na década de sessenta, a Comissão gozava do monopólio exclusivo de aplicação das normas dos tratados quando estavam em causa acordos e /ou práticas que afetavam o comércio entre os EM ao passo que, atualmente, as ANC podem e devem aplicar também esses normativos nos procedimentos internos.

No acórdão *Walt Wilhelm*, o tribunal aceitou apenas a aplicação do princípio do desconto, tendo por base razões de justiça natural ou de equidade.

No acórdão *Aalborg Portland and Others vs. Comissão* o tribunal apelou a um triplo critério para definir o *ne bis in idem*: identidade do infrator, identidade de fatos e identidade de interesse legalmente protegido. Para o TJUE a empresa não podia ser investigada nem sancionada uma segunda vez se, a sanção aplicada tutelasse o mesmo interesse jurídico. Recentemente, o TJUE reforçou este entendimento no acórdão *Toshiba* ao transpor a jurisprudência *Walt Wilhelm* para o atual quadro normativo.

⁵⁸⁵ O histórico jurisprudencial, neste domínio, é longo e remonta aos acórdãos *Gutman vs Comissão* (Casos C -18/65 e C -35/65), *Boehringer vs. Comissão* C 7/72, *Limburgse Vinyl M. vs Comissão* (Casos T -305/94, T 307/94, T- 313/94, T- 316/94, T- 318/94, T- 325/94, T- 328/94, T- 329/94 e T- 335/94, *Limburgse Vinyl M. vs Comissão* (C- 328/99, C -244/99, C -245/99, C- 247/99, C -250/99, C -252/99 P e C 245/99 e ainda o acórdão *Archer Daniels Midland vs. Comissão*, proferido no processo T -224/00.

Conforme já explicitado, o Reg. CE n.º 1/2003 introduziu um mecanismo descentralizador da aplicação das regras dos Tratados (arts. 101.º e 102.º do TFUE) convocando as ANC e os tribunais nacionais para a aplicação desses normativos em paralelo com a sua legislação interna. O Reg. CE n.º 1/2003 criou uma rede europeia de autoridades nacionais da concorrência, com vista à obtenção de maior interdependência na atuação dessas entidades e convergência no combate aos acordos, decisões e práticas anticoncorrenciais na UE. Isso significa que, quer as ANC quer a Comissão estão incumbidas da mesma tarefa: sancionar as condutas que afetem a concorrência no mercado interno da UE. Neste sentido, poderemos afirmar que, no tocante à dimensão europeia, prosseguem o mesmo escopo ou o mesmo objetivo: a protecção do mercado interno ⁵⁸⁶.

As ANC, os tribunais nacionais e a Comissão prosseguem os mesmos fins ou interesses legalmente protegidos?

Para o TJUE não, uma vez que, a Comissão Europeia assenta a sua atuação na defesa da liberdade de concorrência no mercado europeu e as autoridades nacionais centram-se na tutela da concorrência nos mercados nacionais.

Por força desta distinção, o TJUE conclui que a existência de procedimentos paralelos encetados pelas ANC e pela Comissão não constitui violação ao *ne bis in idem*. Contrariamente, se considerarmos que o interesse legalmente protegido pela Comissão e pelas ANC subsume-se à protecção da concorrência *lato sensu*, no contexto do mercado comum daí teremos, necessariamente de concluir que, os procedimentos paralelos são incompatíveis com o princípio *ne bis in idem*.

O Acórdão *Toshiba* sublinha, tendo em conta o princípio da homogeneidade, que a densificação do elemento *idem* implica o reconhecimento da jurisprudência do TEDH: “119. Para identificar os critérios determinantes para o conceito de *idem* importa ter em conta que a proibição da dupla incriminação

⁵⁸⁶ Vide, neste sentido, LOUIS, F. e ACCARDO, G. *Ne Bis in Idem, Part “Bis”*, in *World Competition*, 34, n.º1, 2011, The Netherlands, Kluwer Law International, BV, p.104.

no direito da UE se baseia, em larga medida, num direito fundamental reconhecido na CEDH, mais concretamente no artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 da CEDH, embora este protocolo ainda não tenha sido até hoje ratificado por todos os Estados Membros da União”.

Noutro segmento, destaca: “120. Assim, é aplicável o princípio da homogeneidade, nos termos do qual se deve dar aos direitos da Carta, que correspondem aos direitos garantidos na CEDH, o mesmo sentido e o mesmo alcance que a CEDH lhes confere. Por outras palavras, o artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 da CEDH, tal como é interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), descreve o nível mínimo que deve ser assegurado no direito da União ao interpretar e aplicar o princípio *ne bis in idem*”.

Em 2009, a jurisprudência do TEDH relativa ao conceito de *idem* (ínsito no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH) sofreu uma importante clarificação. Após o acórdão *Zoluktin vs Russia*, o TEDH passou a atender apenas à identidade dos fatos afastando, expressamente, a qualificação jurídica. Não obstante esta pretendida convergência, as alegações proferidas pela AG *Kokott*, no caso *Toshiba*, apontam para uma densificação do elemento *idem* que, em vez de reforçar a aplicação deste princípio e a sua congruência com a jurisprudência do TEDH, restringe ainda mais o seu âmbito de aplicação. No ponto 99 e ss das conclusões produzidas no caso *Toshiba*, a AG apesar de sublinhar a importância da adoção de um critério naturalístico (no tocante à identidade dos factos) alude à ponderação, nesse elemento *idem*, de um critério territorial ou geográfico. O que significa, na prática, que cada ANC é competente para investigar e sancionar os acordos, as decisões e as práticas anticoncorrenciais, que ocorram no seu território ou que ali produzam efeitos. Consequentemente, o argumento que tem vindo a ser esgrimido pelos órgãos jurisdicionais da UE (a fim de justificar a coexistência de procedimentos paralelos, relativos aos mesmos fatos e cometidos pelas mesmas entidades) e que se prende com a existência de diferentes interesses protegidos, mostra-se contrário à jurisprudência do TEDH. Nesta medida, se o elemento *idem* tiver apenas em conta a materialidade fática

propriamente dita (sem que haja de atender à qualificação jurídica do acordo ou da prática em causa, quer à luz da lei interna, quer à luz da europeia nem ao interesse legalmente protegido em função de um critério territorial e geográfico) então, os procedimentos paralelos entre Comissão e ANC e de estas entre si, serão inadmissíveis à luz do art. 50.º da CDFUE e do art. 4.º do P 7, se os fatos naturalísticos forem os mesmos.

Terá, esta construção, um verdadeiro potencial protetivo das empresas? Nuns casos sim e noutros não.

No primeiro caso, a abertura de um procedimento anticoncorrencial, pela Comissão para a investigação dessas práticas, implica sempre a suspensão do procedimento nacional. A autoridade nacional fica privada da competência em matéria de direito europeu mas não fica privada de vir a aplicar, aos mesmos sujeitos e ao mesmo acordo, as normas do direito interno. Destarte, o procedimento nacional (que só pode ser retomado após a tomada de posição pela Comissão) está submetido a duas ordens de limitações: por um lado, apenas poderá visar a aplicação da legislação interna e, caso tal venha a culminar numa sanção, essa sanção terá que ser compatível com a que foi, primeiramente, aplicada pela Comissão, não prejudicando os seus efeitos, *vide* o art. 11.º, n.º 6 do Reg. CE n.º 1/2003. Nos casos em que ocorra a instauração simultânea, em países distintos, de diversos procedimentos sancionatórios, contra as mesmas entidades e relativa às mesmas práticas anti-concorrenciais não resulta, de nenhuma norma do Reg. CE n.º 1/2003, qualquer obrigatoriedade, para a ANC, de suspensão do seu processo. Por seu turno, tão pouco o artigo 13.º prevê qualquer privação de competência relativamente às ANC (contrariamente ao que se prevê na norma do artigo 11.º, n.º 6 do regulamento). Da análise do art. 13.º, n.º s 1 e 2 resulta apenas que, as autoridades nacionais e /ou a Comissão podem rejeitar essa denúncia e, eventualmente, as ANC poderão, caso o entendam, suspender também o seu procedimento. Tendo por base a análise daqueles normativos e a configuração do sistema europeu de competências paralelas podemos concluir que não se vislumbra, no âmbito do direito europeu da

concorrência, um princípio de unidade da ação repressiva que possa fundamentar a existência do princípio *ne bis in idem*, enquanto limite ao poder punitivo das autoridades nacionais e da Comissão.

Todavia, a coexistência de procedimentos sancionatórios não constitui, propriamente, uma novidade do Reg. CE n.º 1/2003 dado que, já em 1969, o TJUE no Acórdão proferido no âmbito do processo C -14/68 de 13 de fevereiro, *Wilhelm vs Bundeskartellamt*, defendia (na vigência do Reg. CE n.º17 de 6 de fevereiro de 1962) que, não era contrária ao *ne bis in idem* a existência de procedimentos paralelos iniciados pela Comissão, à luz do art. 81.º do TCE, e pelas autoridades nacionais para aplicação do direito interno. Para o TJUE, o (então) denominado direito comunitário e o direito nacional consideravam os acordos anticoncorrência sob aspetos diferentes, pelo que, a interdependência dos fenómenos económicos não constituía um critério de delimitação de competências (ponto 3, & 3 e 4). O acórdão foi ainda mais longe, ao admitir que essa coexistência paralela poderia conduzir à duplicação de sanções (ponto 11.). Duplicação que apenas poderia ser atenuada mediante critérios de equidade (previstos na parte final do § 2 do art. 90.º do TCE). Essa equidade permitiria designadamente que, na aplicação de uma sanção, fossem tidas em conta todas as decisões condenatórias anteriores. No entanto, o acórdão não explica de que forma nem à luz de que critérios poderiam ser compatibilizadas essas “sanções”, limitando-se a invocar um princípio genérico de “equidade” resultante do mencionado art. 90.º do TCE ⁵⁸⁷.

Por outro lado, a fundamentação teórica do acórdão (que não é particularmente desenvolvida) reconduz-se a dois argumentos, um primeiro, que se prende com os objetivos e a finalidade da atuação das instituições europeias e, um outro, de preservação da unidade sistémica da ordem jurídica da UE, à luz do princípio do primado do direito europeu.

Do argumento finalista decorria que, sendo um dos fins do TFUE a eliminação dos obstáculos à livre circulação de mercadorias e a salvaguarda da

⁵⁸⁷ Vide, ponto 11, § 3º do mencionado aresto.

unidade desse mercado, caberia às autoridades europeias promover ações positivas que permitissem o desenvolvimento dessas atividades. Nesta medida, a atuação das autoridades nacionais deveria ser congruente com a atuação das autoridades europeias, a fim de não prejudicar a eficácia das sanções aplicadas e garantir o primado do direito europeu.

A argumentação utilizada no acórdão não explicita os contornos do princípio *ne bis in idem* nem delimita o seu campo de atuação e /ou dos seus elementos, antes se resume a uma visão funcionalista do projeto de integração europeia e da manutenção da “integridade” do mercado interno europeu⁵⁸⁸.

Contudo, a jurisprudência *Wilhelm vs Bundeskartellamt* aborda, de forma pioneira, duas temáticas intimamente relacionadas: por um lado, aflorou um critério de equidade no tratamento da duplicação de sanções (precursor do princípio do desconto ou *Anrechnungsprinzip*) e introduziu a ponderação do “interesse protegido” como elemento distintivo dos procedimentos comunitário, nacionais e internacionais em matéria de concorrência, critério que viria, em arestos ulteriores, a enformar o elemento *idem*.

O critério do bem jurídico ou das especificidades dos interesses legalmente protegidos através das normas do direito europeu da concorrência viria a ser utilizado, em arestos posteriores, nomeadamente, no Acórdão proferido no âmbito do processo C- 289/04, *Showa Denko KK vs. Comissão*, em 26 de junho de 2006. Cerca de quatro décadas depois do caso *Wilhelm vs. Bundeskartellamt*, numa linha jurisprudencial que podemos apelidar de conservadora, o TJUE subscreve o mesmo entendimento no acórdão relativo ao processo C – 17/10, *Toshiba Co. Vs Commission*, proferido em 14 de fevereiro de 2012.

Nesse acórdão, o entendimento do tribunal confirma a nossa asserção: o princípio da unidade da ação repressiva é ainda uma realidade em construção insuscetível de, por ora, fundamentar a aplicação do *ne bis in idem* europeu.

⁵⁸⁸ A mesma lógica funcionalista esteve subjacente aos inúmeros acórdãos proferidos pelo TJUE, em matéria de ELSJ, a propósito do fundamento do *ne bis in idem* e da interpretação do art. 54.º da Convenção sobre o Acordo de Shengen. Nesses acórdãos, que já tivemos oportunidade de analisar na primeira parte deste trabalho, a axiologia do *ne bis in idem*, tal como propugnado pelo TJUE, fundamenta-se na liberdade de circulação de pessoas no território da União.

Síntese- IV Parte

1. A aplicação da garantia *ne bis in idem* no direito europeu da concorrência deve ser perspectivada no contexto sistémico deste ramo de direito da UE;
2. essa contextualização deverá ter em conta o acervo jurisprudencial do TJUE e do TEDH, bem como, a materialidade penal das sanções aplicadas naquele domínio da integração, tal como sufragado pela jurisprudência *Engel* e *Menarini Diagnostics*;
3. por força dos princípios gerais de direito e da norma do art. 6.º do TUE são aplicáveis às empresas e aos processos anticoncorrenciais as garantias de defesa do processo justo e equitativo, previstos no art. 6.º da CEDH;
4. a proporcionalidade, a equidade e a justiça material são aplicáveis ao direito europeu da concorrência, enquanto princípios gerais de direito comuns às tradições constitucionais dos EM;
5. o Reg. CE n.º 1/2003 instituiu um sistema de competências paralelas da Comissão, das ANC e dos tribunais nacionais, no tocante à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, num quadro de colaboração inter-institucional, com vista ao reforço do papel do direito europeu no combate aos acordos, decisões e práticas violadoras da liberdade de concorrência no mercado comum;
6. o Reg. CE n.º 1/2003 assenta numa lógica de colaboração e troca de informações dentro da REC e não contempla um mecanismo vinculativo de alocação de competências jurisdicionais;
7. no Acórdão *Toshiba*, a AG Kokott assinala a necessidade de assegurar uma interpretação convergente do *ne bis in idem* no quadro da UE;
8. estabelece para um efeito, um paralelismo entre o ELSJ, no qual, o *ne bis in idem* surge associado à liberdade de circulação de pessoas e o direito da europeu concorrência, destinado a assegurar a livre

concorrência e um incremento do *level playing field* no mercado interno da UE;

9. a importância do *ne bis in idem*, neste domínio da integração, justifica-se por força do risco efetivo de duplicação de procedimentos sancionatórios, nacionais e supranacionais, por violação das normas do direito da concorrência, relativamente aos mesmos sujeitos, em virtude das características específicas do modelo descentralizador do Reg. CE n.º 1/2003;
10. as ANC e os tribunais nacionais, nos termos do Reg. CE n.º 1/2003, aplicam o direito europeu da concorrência a par do direito interno;
11. o art. 11.º, n.º 6 do Reg. CE n.º 1/2003 é a única norma que priva expressamente as autoridades nacionais de competências investigatórias e sancionatórias relativamente às mesmas empresas, no tocante aos mesmos acordos, decisões e práticas anticoncorrenciais;
12. a atribuição de competência jurisdicional à “autoridade melhor posicionada” não tem carácter vinculativo e depende da troca de informações e da boa colaboração entre autoridades nacionais no âmbito da rede europeia de autoridades da concorrência;
13. o critério da afetação do comércio entre EM estabelece a fronteira entre a aplicação do direito interno e do direito europeu;
14. o TJUE adota, desde a década de setenta, um critério muito restrito relativo à operacionalização do *ne bis in idem* no domínio do direito europeu da concorrência;
15. para além da identidade dos sujeitos, o TJUE conforma o elemento *idem* recorrendo à identidade dos bens jurídicos protegidos e a um critério de ordem geográfica- territorial;
16. desde a jurisprudência *Boehringer vs. Mannheim* até ao acórdão *Showa Denko*, o TJUE recusa a aceitação de um *ne bis in idem* internacional e a aplicação do princípio do desconto aos casos de duplo ou múltiplo

sancionamento, às mesmas entidades, por práticas anticoncorrenciais na UE e fora dela;

17. no acórdão *Telekomunikjca Polska SA*, o TJUE esclareceu que, as ANC não podem proferir decisões de inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º do TFUE;
18. as ANC apenas podem declarar que ocorreu uma violação daqueles normativos ou que não se justifica a sua intervenção;
19. as declarações de inaplicabilidade dos arts. 101.º e 102.º do TFUE constituem uma prerrogativa exclusiva da Comissão;
20. as decisões da Comissão, em aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE produzem um efeito jurídico equiparado a um elemento *bis* material, uma vez que, vinculam as ANC, impedindo-as de aplicar sanções contra as empresas cujos acordos, decisões e/práticas estejam incluídas nessa decisão;
21. o art. 16.º do Reg. CE n.º 1/2003 constitui uma cláusula de vinculação dos tribunais e das autoridades nacionais, às decisões da Comissão, relativamente aos arts. 101.º e 102.º do TFUE, resultante da jurisprudência *Masterfoods*;
22. os tribunais apenas podem tomar duas posições relativamente a uma decisão prévia da Comissão: ou aplicam essa decisão ou, caso não concordem com os seus termos, suscitam a questão ao TJUE, em sede de reenvio prejudicial, suspendendo o procedimento interno;
23. os tribunais nacionais não integram a REC e são órgãos jurisdicionais que gozam de autonomia e independência;
24. na ordem jurídica-constitucional portuguesa os tribunais judiciais são órgãos de soberania e gozam de autonomia e independência perante os poderes executivo e legislativo, ao abrigo da separação de poderes, devendo apenas obediência à lei;
25. mostra-se contrário à ordem pública constitucional portuguesa, apesar do princípio do primado do direito europeu que, os tribunais hajam de

observar as decisões de um órgão administrativo e político como é o caso da Comissão Europeia;

26. a vigência e o fundamento do *ne bis in idem* no direito europeu da concorrência tem que ser procurado no princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) à luz das exigências garantísticas da CEDH relativas ao processo justo e equitativo;

V Parte - A tutela privada do direito da concorrência e o impacto *ne bis in idem* das ações por danos

1. Contexto sistémico do *private enforcement*: a proposta de Diretiva do PE e do Conselho sobre ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência

A tutela privada dos danos causados pela prática de delitos anticoncorrenciais constitui o segundo pilar da política europeia de direito da concorrência e complementa a sua dimensão pública.

A necessidade de assegurar o ressarcimento dos danos emergentes das violações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE (bem como das normas nacionais que regulam estas matérias) suporta-se no efeito direto daqueles normativos e constitui uma orientação estratégica da Comissão que reforça, por esta via, o carácter preventivo da sua política anticoncorrencial.

Contudo, este segundo pilar do direito europeu da concorrência passa a ser assegurado não pela Comissão e ANC mas pelos tribunais nacionais, ao abrigo das normas dos direitos interno que regulam a tramitação processual destas ações.

Por essa razão e, atendendo à atenção crescente de que tem sido alvo, o *private enforcement* constitui um importante desafio ao exercício dos direitos de defesa das empresas bem como à aplicação proporcional e equitativa do sancionamento, por práticas anticoncorrenciais, na UE ⁵⁸⁹.

A propósito das duas dimensões em que assenta a política anticoncorrencial europeia Komninos identifica três objetivos:

⁵⁸⁹ Vide, ANASTÁCIO, C. : *Comentário de Jurisprudência da União Europeia* - Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C- 360/09, in C & R- Revista de Regulação e Concorrência, Ano III; Número 10, abril/junho 2012, pp. 291-314: O pilar privado (o chamado *private enforcement*) corresponde à atuação dos tribunais em sede civil, a pedido dos particulares e em garantia da tutela das suas posições jurídicas subjetivas, estando em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados em regras de defesa da concorrência, conduzindo a algum tipo de sanção civil contra o infrator.

- i. um caráter injuntivo (que consiste em fazer cessar a infração no momento em que é detetada e para o futuro);
- ii. outro de caráter restaurativo (no sentido da reposição da situação jurídica anterior à ocorrência do dano);
- iii. uma dimensão punitivo-sancionatória (traduzida na punição do agente, impedindo-o de reproduzir, futuramente, a mesma conduta)⁵⁹⁰.

Em dezembro de 2005, a Comissão Europeia apresentou o “Livro Verde das Ações de Indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”. Iniciou, para o efeito, um processo de consultas públicas com o intuito de vir a produzir um instrumento legislativo que permitisse otimizar a dimensão pública e privada do combate às práticas anticoncorrenciais assegurando, simultaneamente, às vítimas, o direito a uma tutela judicial efetiva⁵⁹¹.

Em 2008, a Comissão divulgou o Livro Branco sobre as ações por danos pela violação das regras anticoncorrenciais da UE, no qual, identificava a necessidade de regular a interação entre essas duas dimensões da política europeia, tendo o processo de consulta institucional subsequente apontado para a necessidade de uma intervenção legislativa da UE, neste domínio⁵⁹².

Não obstante, a jurisprudência do TJUE, ancorada nos princípios da equivalência e da efetividade da tutela jurisdicional, já tinha vindo a propugnar pelo estabelecimento, nas legislações internas dos EM, de normas e mecanismos que assegurassem o ressarcimento de danos às vítimas das práticas

⁵⁹⁰ “From a purely competition law perspective, antitrust enforcement pursues three systematically different, yet substantively interconnected objectives. The first one is injunctive, i.e to bring the infringement to an end, which may entail not only negative measures, in the sense of an order to abstain from the delinquent conduct, but also positive ones to ensure that the conduct ceases in the future. The second objective is restorative or compensatory i.e, to remedy the injury caused by the anti-competitive conduct. The third one is punitive, i.e to punish the perpetrator of the illegal acts in question and also to deter him and others from future transgressions. Ideally, these three basic objectives can be pursued inside an enforcement system that combines both public and private elements.”, vide KOMNINOS, A, in *Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, The Competition Law Review, Volume 3, Issue 1, pp. 5-26, consultado no sítio <http://www.clasf.org>, em 19/02/2014.

⁵⁹¹ COM (2005) 672, final de 19.12.2005, consultado no sítio <http://www.eur-lex.europa.eu>, em 04.02.2014.

⁵⁹² Vide, COM (2008) 165 final e a Resolução do Parlamento Europeu de 26 de março de 2009 sobre o Livro Verde (2008/2154 (INI).

anticoncorrenciais, ao abrigo do princípio da autonomia processual dos EM (*vide*, considerando 10 da proposta).

A necessidade de assegurar essas medidas de protecção já fora assinalada, previamente, no Acórdão *Courage vs. Crehan*⁵⁹³ no qual se afirmava que: “(...) um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na Comunidade.”

Essa jurisprudência foi sendo, sucessivamente, reiterada em acórdãos posteriores designadamente, nos acórdãos *Manfredi*, de 13 de julho de 2006, proferido nos processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt* C- 360/09 e *Donau Chemie* C-536/11 de 06 de junho de 2013.

Porém, até à elaboração da proposta de directiva⁵⁹⁴ não existia, nem no Reg. CE n.º1/2003 nem na produção institucional da Comissão, qualquer dispositivo que regulasse a articulação destes dois níveis de responsabilidade e definisse o papel dos tribunais nacionais nessa dupla tutela⁵⁹⁵.

Neste sentido, Eilmansberger assinalava: “No presente quadro legal, o que o Relatório Ashurt apelidava de sub-desenvolvimento das ações por danos em direito da concorrência é provável que não se altere num futuro próximo a não

⁵⁹³ *Vide*, o ponto 27) do acórdão C - 453/99, citado por EILMANSBERGER, T.: *The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative actions*, in *Common Market Law Review*, 44, The Netherlands, Kluwer Law International, p. 433.

⁵⁹⁴ *Vide*, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos EM e da UE, COM/2013/0404 final - 2013/0815 (COD), consultada no sítio <http://www.eur-lex.europa.eu>, em 04.02.2014. Entretanto, foi publicada a versão final desse diploma, a Diretiva do PE e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, no dia 05.12.2014 no JO L 349/1, que contém soluções diversas da proposta inicial mas que já não foi possível explorar neste contexto.

⁵⁹⁵ Para uma visão mais detalhada das principais questões que a coexistência da dimensão pública e privada do direito da concorrência suscita, *vide* o Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Resumo da Avaliação de Impacto, Estrasburgo, SWD (2013), 204 final, de 11.06.2013, consultado no sítio <http://ec.europa.eu> em 03.06.2014.

ser que sejam tomadas medidas ao nível comunitário que, de forma clara, removam os principais obstáculos a essas acções ⁵⁹⁶.”

Nas alegações proferidas no caso *Manfredi* (a propósito da coexistência das duas dimensões tutelares do direito da concorrência) o AG *Geelhoed* afirmava que: “Os organismos públicos com legitimidade processual atuam em nome do interesse geral e, por conseguinte, têm muitas vezes prioridades muito precisas, de modo que nem todas as denúncias são analisadas de mérito (...) Todavia, um aumento da iniciativa processual privada poderá variar em função das limitações impostas à legitimidade para agir, das regras em matéria de prova, da possibilidade de propor ações coletivas etc. ⁵⁹⁷”

Por outro lado, a coexistência de dois regimes de tutela da responsabilidade empresarial por acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais e dos danos daí decorrentes, assente na convivência multinível de vários ordenamentos jurídicos, com níveis de garantismo distintos, convoca a necessidade de mecanismos que assegurem a equidade e a proporcionalidade desse sancionamento.

Além do mais, a exposição das empresas a futuras ações civis (sobretudo, quando estas apelam aos programas de clemência) recomenda uma atuação cautelosa: “Uma ação civil por danos, subsequente a um procedimento sancionatório, produz um efeito multiplicador que modifica as expetativas de um possível candidato a um regime de clemência no tocante aos demais co-conspiradores e ao impacto nas sanções administrativas colocando-o em desvantagem. É que, estas empresas poderão tornar-se alvos primários ou exclusivos de tais ações, uma vez que, poderão vir a ser os únicos elementos do cartel que não contestem a sua existência ou ilegalidade ⁵⁹⁸.”

⁵⁹⁶ Vide, EILMANSBERGER, T.ob.cit. p. 435, tradução nossa do inglês:” Under the present legal Framework the Ashurst Study Report calls the “total underdevelopment” of actions for damages for breach of competition law is unlikely to change in the foreseeable future unless measures are taken at the Community level which systematically target the most important obstacles to such actions.”

⁵⁹⁷ Vide, alegações do AG *Geelhoed*, apresentadas em 26.01.2006, ponto 30), consultadas no sítio <http://www.curia.europa.eu>, em 07.02.2014.

⁵⁹⁸ Tradução do inglês: “A successful follow on damages claim combined with a multiplier effect, changes the overall calculations of a potential leniency applicant in that any advantage gained vis-à-vis co-conspirators with regard to administrative fines could be easily outweighed by the specific disadvantage created by a leniency application in civil actions. Such firms are liable to be the primary or

A este propósito, Komninos afirma que, apesar das ações indemnizatórias por danos assumirem, fundamentalmente, um carácter restaurativo-compensatório podem superar essa dimensão restaurativa através da inclusão de elementos punitivos nos mecanismos do direito civil, sobretudo, nas jurisdições em que a tutela civil prevê os denominados *punitive damages* ⁵⁹⁹.

A tutela privada do direito da concorrência europeu pode traduzir-se em três tipos de ação:

i.) ações de indemnização (ou de reparação de danos) em consequência de uma violação do direito da concorrência (e que podem ser intentadas antes ou depois da decisão da ANC ou da Comissão relativa à infração);

ii.) ações para fazer cessar comportamentos que infrinjam o direito da concorrência da UE (v.g, providências cautelares);

iii.) ações de declaração de nulidade de disposições contratuais que violem as regras de concorrência da UE ⁶⁰⁰.

A evolução do direito europeu da concorrência, de acordo com as soluções contidas na proposta de diretiva aponta para um processo de alargamento e reforço progressivo dos mecanismos de tutela ressarcitória, à escala da UE. Implica, além do mais, um certo grau de harmonização e convergência das legislações nacionais.

Até aqui, em face da ausência de legislação europeia, coube à ordem interna de cada EM designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos dos que hajam sofrido danos emergentes de práticas anticoncorrenciais ⁶⁰¹.

even the exclusive target of such actions as these firms are often the only cartel members not contesting the existence and illegality of the cartel.” *Vide*, EILMANSBERGER, T.ob.cit. p. 436

⁵⁹⁹ Tradução nossa do inglês: “(...) while public enforcement is undoubtedly predominant, here again private actions may nevertheless supplement the retributive and deterrent effect of the public sanctions by attaching punitive elements to the civil nature of the remedies sought.” *Vide*, KOMNINOS, ob. cit. p. 5,

⁶⁰⁰ *Vide*, o Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão - Resumo da Avaliação de Impacto, datado de 11.06.2013, SWD (2013) 204 final, consultado no sítio www.ec-europa.eu em 04.02.2014.

⁶⁰¹ *Vide*, ponto 49) das alegações do AG Geelhoed.

Todavia, o contraponto do alargamento dessa tutela jurisdicional é o perigo (efetivo) de uma multiplicação de atuações repressivas, quanto aos mesmos sujeitos e relativamente às mesmas práticas anticoncorrenciais, sobretudo, nos casos em que as legislações internas permitem a atribuição de indemnizações com carácter quase punitivo o que se poderá traduzir numa múltipla punição⁶⁰² geradora de *over-deterrence*. De acordo com a posição institucionalmente assumida pela Comissão, as ações por danos não precludem a responsabilidade pelo pagamento das coimas, nem asseguram qualquer tipo de imunidade às empresas ou uma redução do montante dessas coimas⁶⁰³.

Considerando que, a tendência revelada pelo direito europeu da concorrência é no sentido da cumulação da responsabilidade civil, por danos emergentes das práticas anticoncorrenciais com a responsabilidade administrativa-sancionatória (ou, no entendimento do TEDH, “materialmente penal”), a proposta de diretiva visa uma atuação convergente entre os direitos nacionais, atenuando a incerteza jurídica e introduzindo normas que atenuam o impacto dessa convivência pluralista, ao mesmo tempo que asseguram maior racionalidade na aplicação das sanções e das indemnizações a atribuir aos lesados.

De acordo com o disposto nos arts. 1.º e 2.º, a proposta de diretiva dirige-se à aplicação do direito nacional e do direito europeu da concorrência, pretendendo contribuir para a criação de mecanismos de coordenação, à escala da UE, que garantam um justo equilíbrio entre as esferas públicas e privadas do combate às práticas anticoncorrenciais proporcionando um efeito de *optimal deterrence*⁶⁰⁴.

⁶⁰² Mecanismo que a Comissão recomenda aos EM evitar, *vide* Europa-Press Release, datado de 11.06.2013, disponível no sítio <http://www.europa.eu>, consultado em 10.02.2014. Importa, no entanto, salientar que, neste contexto, o termo punitivo não tem um sentido “penal”. No direito norte-americano, a figura dos *treble damages* teve sempre uma natureza civil.

⁶⁰³ *Vide*, neste sentido, o documento da Comissão “2006 Leniency Notice”, J O, C - 298/17, 2006, § 39.

⁶⁰⁴ Para uma visão crítica acerca da articulação entre as dimensões pública e privada do direito *anti-trust* norte americano, *vide* ROSENBERG, D. SULLIVAN, J.P. *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2 (2), 159-187, Oxford University Press, publicado em 04.05.2006 no sítio <http://jcle.oxfordjournals.org>, consultado em 10.02.2014.

No tocante à eventual violação da garantia *ne bis in idem* há que distinguir dois aspetos essenciais: por um lado, a coexistência das atuações pública e privada e, por outro lado, a multiplicação de ações ressarcitórias relativas aos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais em diversos ordenamentos da UE.

No que toca à coexistência dos dois regimes de tutela dos delitos anticoncorrenciais ela não suscita *a priori* a questão da aplicação da garantia *ne bis in idem* dado que, o escopo ressarcitório da tutela privada não se confunde com a dimensão sancionatória da tutela pública.

Além do mais, inexistente identidade fáctica entre um e outro tipo de ações, sendo que, o(s) único(s) elemento(s) comum(s) e de sobreposição entre ambas, reside na identidade do infrator e do comportamento que serve de base à pretensão indemnizatória do lesado.

Como vimos, este princípio tem, no domínio do direito da concorrência um efeito muito limitado, por força das restrições que a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da UE lhe tem imposto. Já tivemos oportunidade de salientar que, o *ne bis in idem* não se opõe aos procedimentos sancionatórios paralelos, designadamente, quando estão em causa sanções aplicadas por terceiros estados ou ainda quando as ANC aplicam a sua lei interna, apesar de estarem a decorrer procedimentos idênticos noutras ANC ou perante a Comissão Europeia. Nestes dois cenários (o primeiro de dimensão internacional e o segundo de dimensão europeia vertical e horizontal) o *ne bis in idem* não preclui os segundos procedimentos não se vislumbrando aqui a manifestação do princípio da unidade da ação repressiva que Lelieur-Fischer advoga como fundamento daquele princípio-garantia.

Efetivamente, a própria autora admite que, nos casos em que estão em causa duas ações consecutivas ou paralelas sendo uma, de carácter repressivo destinada a tutelar interesses públicos e a outra, destinada a obter a reparação de danos produzidos na esfera jurídica de um particular, o princípio da unidade da ação repressiva não opera:

“(…) uma atuação repressiva e uma ação de reparação de danos não têm o mesmo objetivo, mesmo que digam respeito aos mesmos fatos. O seu exercício cumulativo é o resultado da existência de duas pretensões bem distintas, por um lado, a da sociedade pela punição daquele que viola a lei e, por lado, a da vítima da infração, a ser indemnizada pelo dano resultante dos factos”⁶⁰⁵.

Neste prisma, Lelieur-Fischer não vislumbra no cúmulo de ações repressivas e ações indemnizatórias, qualquer atentado à segurança jurídica e à dignidade do demandado, tendo em conta os fins distintos que uma e outra prosseguem.

Em idêntico sentido, Komninos afirma que: “A função primordial da tutela privada dos danos é claramente compensatória. As vítimas das práticas anticoncorrenciais apenas podem reclamar as perdas junto de um tribunal civil e a tutela pública não é sopesada”⁶⁰⁶.

Importa, não obstante realçar que, no contexto de uma ação civil, o tribunal debruça-se sobre a natureza da infração (como pressuposto ou fundamento da responsabilidade) pelo que, existe um inegável elemento de conexão entre estas duas faces do direito da concorrência.

Porém, o objeto processual de uma e outra atuação é distinto. Os fatos que determinam a atuação pública de uma ANC ou da Comissão consistem no acordo, decisão, prática ou o abuso de posição dominante, na descrição da sua imputação à empresa ou empresas infratoras, ao seu impacto no mercado e nos demais operadores económicos e à respetiva subsunção aos normativos violados. Já o objeto do processo nas ações em que está em causa o ressarcimento dos danos é mais amplo porquanto, compreende, não apenas o descritivo desses

⁶⁰⁵ Vide, LELIEUR-FISCHER, ob. cit. p. 454, tradução nossa do francês: “Ainsi, une action répressive et une action en réparation d’un dommage n’ont pas le même objectif, même si elles sont intentées pour les memes faits. Leur exercice cumulé est le résultat de l’existence de deux prétensions bien distinctes, celle de la société à la punition de celui qui enfreint la loi et celle de la victime de l’infraction à être indemnisée du dommage résultant des faits, d’autre part.”

⁶⁰⁶ KOMNINOS, A. ob. cit. p. 8, tradução nossa do inglês: “The primary function of the private action is clearly compensatory. The victims of anti-competitive practices can only make up for their losses before a civil court and public enforcement cannot have any direct bearing there.”

comportamentos anticoncorrenciais e os respetivos normativos, como a descrição dos danos, o estabelecimento do nexo de causalidade e as consequências de tais condutas danosas na esfera jurídica dos lesados.

Nesta medida, não existe uma identidade fática que nos permita perspetivar uma eventual violação do *ne bis in idem*.

Do ponto de vista do elemento *idem* estamos perante objetos de processo distintos sendo que, o segundo (o objeto do processo da ação indemnizatória) é mais amplo que o primeiro (o da ação pública) embora se verifiquem elementos de sobreposição. Por outro lado, os interesses legalmente protegidos num e noutro tipo de ações são também distintos. A intervenção das entidades públicas rege-se por critérios de defesa do interesse público, designadamente, a proteção da concorrência no mercado interno (europeu ou nacional) ao passo que, a tutela privada visa, essencialmente, escopos ressarcitórios e a defesa dos interesses das vítimas.

A operacionalidade do *ne bis in idem* enquanto direito-garantia de defesa das empresas assume, neste contexto, contornos muito limitados. Essa limitação advém, por um lado, do fato de o entendimento subscrito pelos órgãos jurisdicionais da UE apontar para uma relação de complementaridade entre as dimensões pública e privada do direito europeu da concorrência (admitindo e incentivando a sua coexistência nos ordenamentos dos EM) e, por outro, de a Comissão Europeia não admitir a tomada em consideração, no âmbito das ações indemnizatórias intentadas contra as empresas, do valor das coimas por estas já suportadas nos procedimentos públicos.

De acordo com o entendimento sufragado no acórdão *Pfleiderer* (processo C-360/09) não existe qualquer relação de hierarquia ou consunção entre estas duas dimensões da tutela da concorrência. É jurisprudência assente que, qualquer lesado tem o direito de reclamar o pagamento de prejuízos que tenham sido causados por um comportamento anticoncorrencial, suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência (*vide* § 28).

No direito europeu da concorrência é a decisão final da Comissão⁶⁰⁷ que define o objeto do processo, o qual, compreende não só a descrição da factualidade imputada à(s) empresa(s) como os normativos violados e os montantes das coimas aplicadas⁶⁰⁸.

Em contrapartida, nas ações de indemnização, tomando como exemplo, o ordenamento jurídico português e a sua matriz civilista, o objeto do processo é delimitado pelo pedido (a pretensão jurisdicional que o autor/ lesado pretende obter) e a causa de pedir que constitui, essencialmente, o acervo fático que o suporta. No caso de uma ação de indemnização por danos decorrentes da violação aos normativos da concorrência (nacionais ou europeus), baseada em responsabilidade civil extracontratual, a causa de pedir será complexa e envolverá os seguintes elementos:

- i. o fato (traduzido no acordo/ a decisão ou a prática anticoncorrencial propriamente dita);
- ii. o elemento de ilicitude;
- iii. a culpa do agente;
- iv. o dano;
- v. o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Não existe, consequentemente, qualquer identidade entre o objeto do procedimento anticoncorrencial e o procedimento civil por falecer, como já se adiantou, um dos elementos constituintes da mencionada garantia: o elemento *idem*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ No elenco das definições contidas no art. 4.º, n.º. 11 da proposta de diretiva uma decisão final de infração é designada como a decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal que não é suscetível de revisão. Na redacção constante da Diretiva, o art. 2.º, 12) consagra que se trata de uma decisão em matéria de infração que não pode ou já não poder objecto de recurso ordinário.

⁶⁰⁸ Na verdade, a *Comunicação de Objeções* constitui um documento preparatório, cujas apreciações de facto e de direito têm um carácter puramente provisório, *vide* ponto 88) das alegações do AG Bot, proferidas em 26.03.2009, nos processos apensos C-125/07, C-133/07, C-135/07 e C- 137/07, consultadas no sítio <http://www.eur-lex.europa.eu>, em 11.02.2014.

⁶⁰⁹ Importa, contudo, distinguir duas situações: os casos em que a ação de indemnização por danos é subsequente à decisão da ANC ou da Comissão que declara verificada a infração ou anterior a essa decisão. No primeiro caso, tendo em conta a norma do art. 9.º da proposta de diretiva essas decisões vincularão os tribunais nacionais. Nessa medida, os lesados não terão que efetuar prova da infração (nem da ilicitude ou da culpa) devendo apenas demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre a infração e esse dano. Nos segundos casos, a prova terá que ser cabal e compreender todos os elementos que

Apesar disso, não está afastada a possibilidade de violação dos princípios da equidade e da proporcionalidade. Se a dimensão pública e privada se complementam e constituem as duas faces da mesma moeda (na medida em que prosseguem os fins da política de concorrência na UE e asseguram a manutenção do *level playing field* nos mercados nacionais e europeu) da sua conjugação e, atenta matriz bicéfala do sistema europeu da concorrência (assente nas ANC e na Comissão, embora com predomínio desta última) poderão resultar duplos ou múltiplos fenómenos indemnizatórios das empresas, em diversos processos cíveis, à escala europeia, relativos aos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais.

Essa possibilidade (real) convoca a necessidade de aplicação de mecanismos substantivos e processuais que, pese embora, não provoquem um efeito *ne bis in idem*, sejam adequados a salvaguardar a equidade de tais procedimentos e a proporcionalidade das indemnizações a atribuir aos lesados prevenindo (eventuais) fenómenos de enriquecimento ilícito.

compõem o instituto da responsabilidade civil extracontratual se for esse o caso. As ações de indemnização também podem assumir uma dimensão de responsabilidade contratual quando estejam em causa cláusulas abusivas, constantes de contratos e que importem a violação do direito da concorrência.

2. Os tribunais nacionais e as ações de indemnização por danos: entre a tutela judicial efetiva e a proporcionalidade

A proposta de diretiva obedece aos princípios da proporcionalidade e do respeito pelos direitos fundamentais contendo um conjunto de previsões normativas que visam assegurar o ressarcimento dos danos emergentes de práticas anticoncorrenciais e introduzir equidade na atribuição de indemnizações aos lesados⁶¹⁰. Todavia, não contém, qualquer normativo alusivo ao *ne bis in idem*. Como se viu, os casos de atuação paralela, simultânea ou subsequente, das dimensões pública e privada do direito da concorrência não configuram uma violação àquele princípio-garantia.

Consequentemente, no domínio das ações de responsabilidade civil por danos anticoncorrenciais, a questão coloca-se sob o prisma da proibição do duplo ou do múltiplo sancionamento.

Assim importa questionar se, no atual quadro sistémico, a multiplicação das ações por danos, em diversos tribunais dos EM, não será suscetível de potenciar uma clivagem entre as dimensões de *law enforcement* e de *rule of law*, em benefício da primeira, dada a ausência de legislação relativa às garantias processuais das empresas. Como salienta Howard:

“(...) em termos práticos, isto comporta um considerável grau de incerteza para demandantes e demandados, o que pode traduzir-se numa proliferação da litigância. Os Réus enfrentam a perspetiva de múltiplas ações por danos, nos 28 EM, durante longos períodos de tempo (...)”⁶¹¹.

Apesar do considerando 42 estabelecer que, a proposta de diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos na CDFUE a

⁶¹⁰ Veja-se o ponto 3.3 do Memorando Explicativo da Proposta de Diretiva, COM (2013) 404 final, datado de 11.06.2013.

⁶¹¹ Tradução nossa do inglês: “In practical terms, this will entail a considerable degree of legal uncertainty for claimants and defendants alike, which is likely to result in protracted litigation. Defendants face the prospect of multiple litigation claims across 28 Member States, over lengthy time periods (...)” Vide, HOWARD, A. : *The Draft Directive on Competition Law Damages - What does it mean for infringers and victims?* In E.C.L.R., Issue 2, 35, (2014), Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p.55.

atuação do *ne bis in idem* neste domínio da integração, apresenta, como já se viu, algumas particularidades relacionadas com a descentralização e aplicação paralelas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e com a interpretação restritiva do elemento *idem* efetuada pelas instâncias jurisdicionais da UE.

No acórdão *Toshiba* o TJUE reiterou que, o *ne bis in idem* apenas impede a(s) mesma(s) empresa(s) de ser(em) sancionada(s) mais do que uma vez, pelos mesmos fatos. Contudo, a interpretação dos mesmos fatos deve ser efetuada à luz do bem jurídico protegido e do território em que os acordos, decisões e práticas anticoncorrenciais produzem efeitos. Esta construção permite a cumulação ou a convivência de ações indemnizatórias paralelas. Por outro lado, não configurando o *ne bis in idem* na UE (ainda) um princípio da unidade da atuação repressiva só a operacionalização do princípio da proporcionalidade e da equidade permitirão compatibilizar essas atuações paralelas (relativas ao ressarcimentos dos danos) com os direitos, liberdades e garantias, previstas na CDFUE (nos arts. 49.º e 50.º) e com o art. 6.º da CEDH ⁶¹².

Sendo a proporcionalidade um princípio geral de direito que rege a atuação da UE, das suas instituições e dos EM (encontrando-se previsto no art. 5.º do TUE) constitui, simultaneamente, o fundamento e o limite dessa atuação.

A proposta de diretiva aponta, claramente, para um alargamento do escopo ressarcitório por violação ao direito da concorrência nacional e/ou europeu. De acordo com a disposição do art. 9.º da proposta, as decisões definitivas das ANC (e dos tribunais nacionais) que constatarem uma infração vinculam as demais autoridades para efeitos de responsabilidade civil por danos emergentes destas práticas, quer quando aplicam o direito nacional, quer quando aplicam os arts. 101.º e 102.º do TFUE. Esta disposição (que facilita a prova das infrações pelos lesados) contraria parcialmente, o que se verifica no domínio da tutela (vertical)

⁶¹² Sobre este tema vide, FRESE, M. J.: *Fines and Damages under EU competition law: implications of the accumulation of liability*, in *World Competition*, 34, n.º 3, 2011, Kluwer Law International BV, The Netherlands, p.p. 397 - 432.

pública do direito da concorrência, na qual, apenas as decisões da Comissão vinculam as ANC e os tribunais nacionais ⁶¹³.

No domínio da aplicação horizontal do direito europeu da concorrência as decisões das ANC não possuem qualquer eficácia *erga omnes* e produzem efeitos circunscritos ao território do EM a que dizem respeito.

A solução contemplada na proposta de diretiva alarga a eficácia territorial das decisões das ANC e dos tribunais nacionais mas apenas para efeitos de tutela privada do direito da concorrência. A proposta de diretiva, ao alargar o âmbito dessa tutela, confere aos infratores uma proteção muito limitada porquanto:

- i. a proposta, ao introduzir uma presunção de dano (em favor dos lesados) relativa à participação de uma empresa num cartel faz impender sobre estas o ónus de afastar essa presunção;
- ii. para esse efeito, caberá às empresas suportar os custos da sua defesa por via da recolha de provas e recurso a peritos;
- iii. o sucesso dessa defesa irá depender, em grande medida, das normas processuais nacionais que regulam a tramitação destas ações;
- iv. agrava a situação dos beneficiários dos programas de clemência ao expô-los a maiores riscos de virem a ser demandados pelos lesados (*vide* art. 11º., nº 2 da proposta);

Num cenário em que coexistam múltiplas ações cíveis instauradas por diferentes lesados, contra as mesmas empresas, pelos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais a proposta de directiva, apesar de não prever diretamente a aplicação do *ne bis in idem* contém normas que, em nosso entendimento, constituem afloramentos de proporcionalidade ⁶¹⁴.

No capítulo subsequente, será analisada a conexão de processos que pode, em certa medida, facilitar a defesa das empresas e conduzir à produção de um caso julgado mais abrangente que coloque termo, de forma definitiva, à ulterior instauração de (novas) ações indemnizatórias.

⁶¹³ *Vide*, art. 16º, nºs 1 e 2.

⁶¹⁴ Limitar-nos-emos, porém, à análise do mecanismo da conexão, uma vez que, as questões substantivas subjacentes a outros normativos ínsitos na proposta recaem fora do âmbito da presente investigação.

2.1 Mecanismos processuais de prevenção de conflitos de jurisdição: litispendência e conexão de processos

Os tribunais nacionais asseguram uma proteção jurisdicional efetiva aos lesados pelas infrações, contribuindo para uma aplicação mais eficiente das normas sobre direito da concorrência e reforçando, por esta via, o efeito preventivo das violações a estes normativos.

A cumulação de responsabilidades das empresas (através do pagamento de coimas, nos processos sancionatórios e ainda, por via do pagamento de indemnizações aos lesados pelas práticas anticoncorrenciais) coloca diversas questões dado que não existe qualquer violação do *ne bis in idem* quando estão em causa ações paralelas de cariz sancionatório e indemnizatório.

O sistema europeu de tutela da concorrência no EEE continua a assentar (à semelhança do que acontece no ELSJ) numa lógica multinível em que o princípio da autonomia dos EM define as condições de acesso dos particulares a essa dimensão privada, cabendo aos tribunais nacionais decidir da procedência ou improcedência dessas ações. Não obstante, a liberdade decisória dos tribunais nacionais mostra-se delimitada pelos princípios gerais que definem as suas competências e as da Comissão Europeia, bem como, pela arquitetura institucional do direito europeu da concorrência.

Não é alheio ao funcionamento dos mecanismos de tutela privada, o tipo e o efeito das decisões proferidas pelas ANC e pela Comissão. Se a Comissão já tiver proferido uma decisão na qual considere que, um determinado acordo, decisão ou prática anticoncorrencial não viola o art. 101.º ou 102.º do TFUE ou se encontra ao abrigo das condições previstas no n.º 3 do mencionado art. 101.º, essa decisão vincula os tribunais nacionais. E vincula-os diretamente no âmbito dos procedimentos que têm que decidir ou, em alternativa, levá-los-á a suscitar dúvidas interpretativas junto do TJUE, através do reenvio prejudicial.

Nesta medida, o sucesso de uma ação por danos causados por acordo, decisão, prática anti-concorrencial ou abuso de posição dominante dependerá, necessária e previamente, da verificação de uma violação das normas do direito da concorrência, previstas nos arts. 101.º e 102.º do TFUE ou das disposições (equivalentes) do direito nacional. Esta conclusão lógica extrai-se, por via interpretativa, da norma do art. 16.º, n.º1 do Reg. CE nº. 1/2003 que estabelece a vinculação dos tribunais nacionais às decisões da Comissão porquanto, estes não podem decidir em sentido contrário ao de uma decisão já tomada, por aquele organismo, na mesma matéria.

No tocante a procedimentos, simultaneamente, pendentes na Comissão e nos tribunais nacionais, o regulamento prevê que estes possam suspender a instância, na jurisdição nacional, até que a Comissão tome decisão no caso concreto ⁶¹⁵.

A norma do referido art. 16.º na parte em que se prevê a articulação entre os tribunais nacionais e a Comissão contempla um efeito *bis* indireto e atípico das decisões da Comissão. Apesar de não se tratar, em bom rigor, de uma norma *ne bis in idem*, da sua operacionalidade prática (bem como da necessidade em assegurar uma congruência estrutural entre o sistema europeu e os sistemas nacionais, em matéria de concorrência) pode resultar a improcedência das ações que se encontrem a correr termos nas jurisdições nacionais. Essa improcedência obsta, assim, a uma ulterior condenação dos “mesmos autores/demandados” pelos “mesmos acordos ou práticas anticoncorreciais”, abrangidos pela decisão da Comissão. Obtém-se, por esta via, um efeito semelhante ao que produziria a inserção de uma cláusula *ne bis in idem*.

Previamente à apresentação da proposta de diretiva, a generalidade das legislações dos EM já previa mecanismos de *private enforcement* que garantiam às vítimas o ressarcimento dos danos provocados pela violação às normas dos

⁶¹⁵ Vide art. 16.º, n.º 1 do Reg. CE nº.1/2003.

arts. 101.º e 102.º do TFUE ⁶¹⁶ embora esses normativos não estivessem harmonizados.

A questão da multiplicação de ações de indemnização, em diversos EM, relativa (s) à mesma violação ao direito da concorrência (por exemplo, no caso de um cartel que produziu efeitos anticoncorrenciais em mais do que um EM) convoca a necessidade de garantir a certeza e a segurança jurídicas na aplicação do direito da concorrência e de salvaguardar as empresas da litigância abusiva.

Ora, se essa necessidade não pode ser satisfeita através da operacionalidade de uma cláusula *ne bis in idem* esse desiderato pode ser atingido através de outros mecanismos de índole processual.

A proposta de diretiva introduziu uma “válvula de escape” no art. 15.º, n.º 2 ao remeter para o Reg. UE n.º 1215/2012 ⁶¹⁷ (o qual, por via do art. 1.º se aplica também às ações por danos emergentes de responsabilidade civil pelas práticas anticoncorrenciais).

A proposta de diretiva, ao pretender assegurar a convergência legislativa (mínima) entre as legislações nacionais que regem as ações por danos, estabelece uma relação de proximidade entre o direito da concorrência e a cooperação judiciária em matéria civil. Efetivamente, as disparidades das normas nacionais em matéria de competências jurisdicionais e de reconhecimento de sentenças dificultavam o bom funcionamento do mercado interno, pelo que, se tornou indispensável (no tocante à tutela privada dos danos causados pelas práticas anticoncorrenciais) a inserção de previsões que evitassem a instauração de processos concorrentes e a prolação de decisões contraditórias ⁶¹⁸.

Aquele regulamento contém dois normativos, os arts. 29.º e 30.º que prevêm a litispendência e a conexão de processos obviando a que,

⁶¹⁶ Veja-se, as linhas gerais que definem estas ações no Livro Branco de 2.4.2008 sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio anti-trust, COM (2008) 165.

⁶¹⁷ Reg.UE n.º.1215/2012 do PE e do Conselho, de 12.12.2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, entrará em vigor a partir do dia 10.01.2015 (com exceção dos arts. 75.º e 76.º cuja aplicação far-se-à a partir do dia 10.01.2014) e irá substituir o atual Reg.CE n.º 44/2001 do Conselho de 22.12.2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁶¹⁸ Vide, os considerandos 2 e 15 do Reg. CE n.º 44/2001 do Conselho de 22.12.2000.

relativamente aos mesmos fatos e às mesmas empresas se encontrem, simultaneamente, pendentes, em distintos ordenamentos, diversas ações por danos.

Aqueles dispositivos consagram o princípio da concentração da competência jurisdicional num único tribunal e visam obstar à contradição de julgados. A inserção destas normas (que não constituem disposições *ne bis in idem*) prevê a suspensão da instância e a conexão dessas ações, limitando a competência jurisdicional dos EM, em nome da certeza e segurança jurídicas e de uma aplicação coerente do ordenamento jurídico europeu da concorrência, evitando a prolação de decisões contraditórias.

Do considerando 15) do Reg. CE n.º. 44/2001 (que ainda se encontra em vigor) resulta claramente que: “O funcionamento harmonioso da justiça a nível comunitário obriga a minimizar a possibilidade de processos concorrentes e a evitar que sejam proferidas decisões inconciliáveis em dois Estados membros competentes. Importa prever um mecanismo claro e eficaz para resolver os casos de litispendência e de conexão e para obviar aos problemas resultantes das divergências nacionais quanto à data a partir da qual um processo é considerado pendente. Para efeitos do presente regulamento, é conveniente fixar esta data de forma autónoma. Idêntico objetivo é reiterado no considerando 21) do Reg. UE n.º 1215/2012.

O art. 29.º, n.º1 dispõe que: “1. (...) quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de diferentes tribunais de diferentes Estados membros, qualquer tribunal que não seja o tribunal demandado em primeiro lugar deve suspender oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar.” Caso essa competência seja estabelecida o segundo tribunal deverá declarar-se incompetente, (*vide*, n.º 3 do mencionado normativo).

Por outro lado, ao abrigo do disposto no art. 30.º do Reg. UE n.º 1215/2012 é possível que, o tribunal nacional no qual foi instaurada a ação, em primeiro lugar (desde que o direito interno o permita) apense ao seu processo as

ações pendentes noutros tribunais de outros EM. Para este efeito, consideram-se conexas as ações ligadas entre si, por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas em conjunto. Esse nexo poderá resultar, nomeadamente, da identidade subjetiva ou da infração anticoncorrencial que sirva de base ao pedido indemnizatório formulado.

A opção legal pela concentração da tramitação e julgamento das ações por danos anticoncorrenciais numa única jurisdição comporta vantagens processuais e substantivas. Por um lado, pode atenuar uma eventual tendência para o *fórum shopping* por parte dos lesados e, por outro, submete os diferentes litígios às mesmas regras processuais assegurando a igualdade de tratamento entre os demandantes e demandados e uma apreciação conjunta da prova. Facilita também o exercício do direito de defesa às empresas que passam a concentrar os seus esforços num procedimento único ⁶¹⁹.

Para além de prevenir o conflito de decisões, estes mecanismos processuais asseguram um efeito de caso julgado mais alargado pois que, após o trânsito da decisão, ela abrangerá todos os lesados que sejam partes no litígio permitindo, desta forma, obter uma única decisão definitiva.

A definitividade dessa decisão impede que, relativamente aos mesmos fatos (e aos mesmos danos) os mesmos demandantes venham a intentar nova ação contra as mesmas empresas numa outra jurisdição.

Em termos substantivos permite ao juiz do processo, ao arbitrar as indemnizações graduá-las de uma forma equitativa, ponderando o impacto global que o pagamento de tais montantes terá na esfera jurídica do demandado.

Desta análise conclui-se que, apesar de não se vislumbrar (relativamente à tutela privada do direito da concorrência) a consagração de uma garantia *ne bis in idem*, a aplicação das normas dos Reg. CE n.ºs. 44/2000 e 1215/2012 (respeitantes à litispendência e à conexão de processos) permitem concentrar

⁶¹⁹ Neste sentido, *vide* HOWARD, ob. cit. pp. 51-55.

num único tribunal as diversas ações com benefícios claros para a certeza, a segurança jurídicas e uma aplicação uniforme do direito da concorrência⁶²⁰.

2.2 Indemnizações por danos e o risco de duplos sancionamentos: o caso *Devenish vs Sanofi Aventis*

Nos capítulos antecedentes explicou-se que o *ne bis in idem* não opera entre as dimensões sancionatórias e indemnizatórias do direito da concorrência.

A questão relativa ao âmbito e ao tipo de danos indemnizáveis nas ações de responsabilidade civil apesar de ter vindo a ser debatida na UE depende, fundamentalmente, das legislações internas dos EM.

Em 2009 o grupo de estudos sobre a criação de um Código Civil Europeu defendia que o prejuízo a reparar no âmbito da responsabilidade extracontratual deve ser “um prejuízo juridicamente relevante” ou seja: “(...) a perda ou o prejuízo apenas constituem danos legalmente relevantes se forem justos e razoáveis de molde a haver direito a uma reparação ou prevenção⁶²¹”.

Na generalidade das legislações dos EM de matriz civilista, o cálculo das indemnizações faz-se através do recurso às figuras dos danos emergentes e dos lucros cessantes, com vista à reposição da situação existente anteriormente à verificação do fato danoso. Consequentemente, o arbitramento dessas indemnizações reveste um escopo ressarcitório e não punitivo⁶²².

O Memorando Explicativo que antecede a proposta de diretiva reitera que, a compensação por danos emergentes dos delitos anticoncorrenciais compreende

⁶²⁰ Na versão final da diretiva publicada no Jornal Oficial não consta já a referência a esses mecanismos processuais. Todavia, a diretiva consagra, de forma expressa, nos arts. 3.º, nº 3, 18.º, nº 3 e 19.º, nº 4, relativamente à tutela privada do direito da concorrência, afloramentos de proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.

⁶²¹ Vide, nota 24 das Alegações da AG Kokott, proferidas em 30 de janeiro de 2014, no processo C-557/12.

⁶²² O cálculo dos danos e das indemnizações em direito da concorrência é uma operação complexa que pressupõe o contributo de outros ramos do conhecimento, nomeadamente, da economia e da análise matemática. Para uma visão mais detalhada desta problemática veja-se o estudo de CLARK, E. HUGHES, M. e WIRTH, D. “Analysis of Economic Models for the calculation of damages”, datado de 31.08.2004 e disponível no sítio <http://ec.europa.eu>, consultado em 20.2.2014.

os danos emergentes, os lucros cessantes e os juros. Outro dos afloramentos de proporcionalidade (contidos na proposta de diretiva) resulta do art.18.º, o qual, estabelece no seu n.º.1 que, os EM devem garantir que, após um acordo entre um co-infrator e um lesado o montante da indemnização peticionada no tocante àquele co-infrator, deverá ser reduzida. O n.º 2 estabelece que os tribunais nacionais, na determinação da responsabilidade de cada co-infrator deverão ter em conta, na fixação das indemnizações por danos, o acordo prévio que cada um deles haja celebrado.

Todavia, a decisão proferida pelos tribunais ingleses no acórdão *Devenish vs. Sanofis Aventis* veio colocar a questão da compatibilidade do *ne bis in idem* com as figuras dos *exemplary e restitutionary damages* e do *account for profits* reclamadas pelos demandantes naquele processo e previstas pela legislação inglesa⁶²³.

Na sequência de uma decisão da Comissão Europeia⁶²⁴ que aplicou diversas sanções às empresas que integravam um cartel a operar na área da produção e distribuição de vitaminas algumas empresas intentaram, perante os tribunais ingleses, ações com vista à reparação de danos advenientes das práticas anticoncorrenciais prosseguidas pelo cartel.

No processo *Devenish vs. Sanofi Aventis* foi peticionada uma reparação que contemplasse cumulativamente os *compensatory, restitutionary and exemplary damages* bem como *account for profits*⁶²⁵.

Naquele caso, o demandante *Devenish* alegava que as coimas aplicadas pela Comissão não tinham sido suficientes para obter um efeito sancionatório e

⁶²³ Vide, MCDOUGALL, VERZARIU, A. *Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account for Profits* in Private Competition Law Claims, ob.cit.p.181.

⁶²⁴ Vide, C- 37.512 - Vitaminas, Decisão da Comissão de 21.11.2001 (2003 JO L 6/1).

⁶²⁵ *Davenish vs Sanofi Aventis* (2007), EWHC 2394 (Ch), de 19.10.2007, Caso n.º A3/2008/0080, disponível no sítio www.baili.org/ew/cases/EWCA/civil/2008/1086.html, consultado em 19.07. 2012. A existência do instituto dos *exemplary damages* apenas foi identificada na legislação de três EM da EU, Inglaterra e País de Gales, Chipre e Irlanda. Trata-se de uma sanção civil, com objetivos “punitivos e preventivos”, traduzida num valor pecuniário adicionado à compensação por danos, cuja atribuição é discricionária e assume um carácter excecional. Os *restitutionary damages* são calculados por referência aos ganhos obtidos pelo membro do cartel e decorrem também da sua responsabilidade civil, pressupondo uma auditoria à contabilidade do demandado para o seu apuramento revestindo também um carácter excecional. O *account for profits* traduz-se na fixação, em favor do queixoso, de uma percentagem dos lucros obtidos pelo Réu com a participação no cartel.

dissuasivo e, por outro lado, a isenção de multa de um dos elementos do cartel (*Avensis*) por força da aplicação do regime de clemência justificavam aquela pretensão.

O juiz Lewinson do tribunal de primeira instância considerou que, a tutela dos direitos do demandante bastar-se-ia com a compensação pelos danos efetivamente sofridos em detrimento de uma tutela mais alargada traduzida nos pedidos formulados, os quais, foram considerados excessivos e contrários às normas europeias e nacionais sobre o direito da concorrência. Esta decisão foi, posteriormente, confirmada pelo tribunal de recurso.

Entre outros argumentos, os tribunais ingleses consideraram que, na UE, o princípio *ne bis in idem* preclui a procedência de uma ação por danos (tal como a configurada no caso) nas situações em que os demandados já tenham sido sancionados, através do pagamento de coimas, pela prática dos mesmos acordos ou práticas anticoncorrenciais. Os juízes do *Court of Appeal of England and Wales* limitaram a pretensão indemnizatória do demandante aos prejuízos efetivamente sofridos por entenderem que, o pagamento das coimas e a condenação ao pagamento de indemnizações ressarcitórias, sob a forma de *exemplary e restitutionary damages* ou de participação numa parte dos lucros do cartel tutelavam o mesmo fim: punir e prevenir os comportamentos anticoncorrenciais.

Por outro lado, o argumento invocado pelo demandante quanto à insuficiência das coimas aplicadas pela Comissão contrariava, no entender dos juízes ingleses, o dever de respeito pelas decisões da Comissão que impedia sobre os tribunais nacionais.

No acórdão proferido, a jurisprudência inglesa firmou o entendimento de que, nas ações por danos subsequentes a uma decisão da Comissão que aplica à empresa ou às empresas violadoras uma coima (*follow on actions*) é suficiente e adequada a fixação de *compensatory damages*.

A decisão do tribunal revela alguma originalidade quanto à invocação do *ne bis in idem* nos casos de procedimentos consecutivos de tutela pública e

privada, dado que, o perspectiva como limite à fixação do *quantum* indemnizatório pelos tribunais ingleses, nas ações cíveis. Porém, é preciso não esquecer que, a invocação do princípio-garantia, neste contexto, reveste carácter excecional e resulta das particularidades do direito inglês face à generalidade das legislações europeias.

Nos ordenamentos de matriz civilista, em sede de responsabilidade civil extracontratual, a graduação dos montantes indemnizatórios a atribuir aos lesados faz-se através da ponderação da ilicitude e da gravidade da conduta, considerando o dano sofrido e as possibilidades económicas do demandado, à luz de critérios de equidade e de proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.

Todavia, o conjunto das disposições da nova diretiva apontam para uma opção político-legislativa que, em detrimento, da consagração de cláusulas *ne bis in idem*, direccionou-se à consagração de disposições substantivas que limitam os montantes indemnizatórios:

- a directiva proibiu as indemnizações punitivas consagrando a regra da reparação corresponder, efetivamente, ao(s) prejuízo(s) sofrido(s), cfr. Art. 19.º, nº3;

- limitou a responsabilidade de cada co-infrator à medida da sua participação nos danos causados, quando haja transacção amigável;

- previu que, as indemnizações anteriormente pagas em processos de transacção amigável podem ser consideradas enquanto circunstâncias atenuantes, na definição da medida da coima a aplicar por uma ANC, vide art. 18.º, nº3.

Em suma, no domínio do direito europeu da concorrência, a operacionalidade do *ne bis in idem*, enquanto direito de defesa das empresas, assume contornos muito limitados. Essa limitação advém do entendimento subscrito pelos órgãos jurisdicionais da UE apontar para uma relação de complementaridade entre as dimensões públicas e privadas do direito europeu da concorrência (admitindo e incentivando a sua coexistência nos ordenamentos dos EM) e de a Comissão Europeia não admitir a tomada em consideração, no âmbito

das ações indemnizatórias intentadas contra as empresas, do valor das coimas por estas já suportadas nos procedimentos públicos.

No entanto, a diretiva entretanto aprovada, contém relativamente à proposta anterior, significativos afloramentos de proporcionalidade e de proibição do excessivo sancionamento das empresas, sobretudo, quando aquelas participem em transacções amigáveis. Procurou-se, desta forma, um maior equilíbrio (em benefício das empresas) entre as dimensões pública e privada da tutela da concorrência, inaugurando uma nova etapa do processo de harmonização legislativa na UE.

Síntese – V Parte

1. A tutela privada do direito da concorrência assume um caráter complementar da ação pública;
2. apesar dessa complementaridade, estes domínios não se confundem uma vez que subjacente à tutela pública encontra-se o interesse público e a prossecução de uma política de combate aos delitos anticoncorrenciais com escopo punitivo;
3. no tocante à dimensão privada o seu objetivo é, eminentemente, ressarcitório embora possa, de forma mitigada, assumir um efeito dissuasor sobre as empresas;
4. a diversidade normativa no âmbito da UE levou a Comissão Europeia a optar por uma intervenção legislativa que tomou a forma de uma diretiva sobre *private enforcement*;
5. do texto daquela proposta de diretiva não resulta qualquer previsão *ne bis in idem*;
6. este princípio-garantia não opera no âmbito da relação entre as dimensões pública e privada do direito europeu da concorrência;
7. o sistema descentralizado imposto pelo Reg. CE nº. 1/2003 potencia o risco de multiplicação de ações indemnizatórias por práticas anticoncorrenciais em diferentes EM, ainda que respeitem substancialmente aos mesmos fatos e às mesmas empresas;
8. as disposições dos arts. 29.º e 30.º do Reg. nº. 1215/2012, não sendo normas *ne bis in idem*, podem atenuar e até prevenir não só os conflitos de jurisdição como o risco de existirem decisões contraditórias dado que, tendem a concentrar num único tribunal a decisão do caso;
9. a afetação do caso a uma única jurisdição introduz elementos de certeza e segurança jurídica para as partes, assegura uma aplicação

coerente do direito e permite a obtenção de uma decisão definitiva que, após trânsito em julgado, coloca, definitivamente, termo ao litígio;

10. permite ainda ao julgador, na graduação das indemnizações, obter uma visão mais abrangente do comportamento danoso e das suas consequências, fixando o *quantum* indemnizatório de forma equitativa e proporcional.

Conclusões Finais - Síntese

1. O estudo do *ne bis in idem* na sua dimensão supranacional desafia o cânone tradicional da dogmática penalista, concebido num contexto sistémico tendencialmente unitário, homogéneo e coerente, delimitado pelo princípio da territorialidade;
2. a sua emancipação face ao direito interno e a aplicação em contextos pluri-normativos comporta desafios conceituais, axiológicos e, no limite, de aplicação na *praxis* judiciária;
3. apesar das origens históricas do *ne bis in idem* radicarem na antiguidade clássica, o apuramento dogmático dos seus elementos constituintes e a sua fundamentação axiológica são o produto da racionalidade humanista do Iluminismo;
4. os séculos XVII e XVIII inauguraram uma subjetividade que constitui, simultaneamente, o fundamento e o limite do *ius puniendi*;
5. neste paradigma, o *ne bis in idem* configura-se como um direito fundamental do cidadão e garantia de defesa relativamente à *potestas* estadual;
6. o percurso do constitucionalismo moderno e a cartografia da legislação penal dele emergente outorgaram-lhe, em muitos ordenamentos, um carácter constituinte, assente na dignidade da pessoa humana;
7. a pós-modernidade trouxe novos desafios aos ordenamentos jurídicos, forçando-os a enfrentar a lógica perturbadora da globalização económica, da dinâmica dos fluxos migratórios e da expansão dos fenómenos criminais para além das fronteiras do Estado-Nação westeffaliano;
8. a complexificação dos fenómenos sociológicos exige dos Estados respostas normativas adequadas;

9. o paradigma normativo pós-moderno caracteriza-se pela emergência de múltiplos atores institucionais e de novos centros de produção legislativa;
10. na esfera penal, o Estado-Nação vê-se confrontado com a necessidade de estabelecer mecanismos de cooperação vertical e horizontal e de ceder parcelas de soberania como contrapartida de uma maior eficácia na prevenção e repressão dos fenómenos criminais;
11. no caso da UE, a interação entre os EM não se esgota na cooperação penal tradicional ao abrigo dos modelos de convenções bi e multilaterais;
12. a UE constitui, atualmente, uma realidade supranacional que congrega diversas áreas da atuação política, económica, financeira e judiciária encontrando-se dotada de órgãos e produção legislativa própria;
13. no domínio do ELSJ, a força centrípeta da integração produziu um duplo fenómeno: o do reconhecimento mútuo das decisões judiciais (traduzido na abolição do mecanismo do *exequatur*) e a harmonização penal, embora limitada ao elenco previsto no art. 82.º, n.º 2 do TFUE;
14. as jurisdições nacionais viram-se confrontadas com um duplo desafio: a necessidade de aplicar os instrumentos jurídicos do direito europeu e de responder aos pedidos de cooperação judiciária e policial, em matéria penal, emanados de autoridades estrangeiras, sem poder efetuar um controlo de mérito sobre o conteúdo dessas decisões;
15. a produção legislativa, na área do ELSJ, tem evidenciado uma tendência securitária assente no recurso a instrumentos de combate ao crime organizado e à criminalidade transfronteiriça em matérias como o terrorismo, o tráfico de estupefacientes e de pessoas, a exploração sexual de mulheres e crianças entre outras;
16. em contrapartida, o debate relativo à proteção e tutela dos direitos e das garantias fundamentais em matéria penal tem sofrido diversos avanços e recuos, por força das resistências políticas de alguns EM,

que temem que uma intervenção legislativa europeia introduza um nivelamento “por baixo” dessas garantias;

17. o ELSJ evidencia um *décalage* entre os mecanismos repressivos e sancionatórios e os mecanismos garantísticos;
18. as iniciativas legislativas europeias em matéria de garantias de defesa têm sido circunscritas a domínios muito restritos, tais como o direito à informação, à tradução de peças processuais, o acesso ao processo e à nomeação de defensor, excluindo o *ne bis in idem*;
19. a única iniciativa legislativa que contemplou, especificamente, a matéria *ne bis in idem* foi a Proposta de Decisão Quadro do Conselho elaborada sob iniciativa da República Helénica datada de 26.4.2003, a qual, nunca veio a ser adotada;
20. o *ne bis in idem* configura-se como um princípio geral de direito da UE, de origem pretoriana, uma vez que a construção dos seus elementos constituintes foi fruto do labor jurisprudencial do TJUE;
21. no ordenamento jurídico europeu, o *ne bis in idem* ultrapassou as fronteiras territoriais de cada Estado e, na ótica do TJUE, o seu fundamento axiológico radica na liberdade de circulação de pessoas no espaço europeu;
22. a construção dos elementos *bis* e *idem* foi efetuada, pelo órgão jurisdicional europeu, de molde a acomodar as soluções dos direitos internos e a flexibilizar a sua aplicação prática pelas autoridades nacionais, de modo a acomodar as diversas realidades culturais e jurídicas;
23. em relação ao elemento *bis*, o TJUE definiu-o como uma decisão definitiva (ou seja, transitada em julgado) que efetua um juízo de mérito sobre os factos e que põe termo ao processo no direito interno do EM;
24. a opção pelo *idem factum* permitiu ao TJUE ultrapassar as dificuldades advenientes da falta de harmonização dos tipos incriminadores na UE e

- a diversidade das legislações penais e processuais, expandindo a sua aplicação, numa lógica de proteção alargada dos direitos das pessoas;
25. no direito da UE as fontes inspiradoras do *ne bis in idem* foram o art. 50.º da CDFUE, o art. 54.º da CAAS e o art. 4.º do Protocolo 7 anexo à CEDH;
26. foi a partir deste horizonte hermenêutico tripartido e apelando à natureza jurídica do *ne bis in idem*, enquanto princípio geral de direito que, o TJUE criou um arquétipo decisório coerente suportado, axiologicamente, nos objetivos e nos fins prosseguidos pelos tratados, suficientemente dúctil para permitir a aplicação daquele princípio-garantia em contextos plurinormativos e que apelidamos de modelo dêontico europeu;
27. a aplicação daquele princípio-garantia num quadro supranacional e de ordenamento jurídico complexo, como o da UE, constitui uma experiência de “internacionalização” pioneira e bem sucedida;
28. no plano do direito internacional, a doutrina majoritária nega a existência de um *ne bis in idem* enquanto princípio de direito internacional público, apesar da sua consagração em inúmeros instrumentos pactícios;
29. neste domínio, a operatividade do *ne bis in idem* não assume um carácter *erga omnes* e a sua aplicação circunscreve-se a contextos sistémicos parcelares como é o caso do Estatuto do TPI;
30. no ETPI a aplicação do *ne bis in idem* mostra-se condicionada pelo princípio da complementaridade, que estabelece o carácter subsidiário do TPI relativamente à jurisdição estadual;
31. a internacionalização do *ne bis in idem* constitui uma exigência ética da universalização dos direitos fundamentais e das garantias de defesa;
32. universalização essa que ainda não conseguida devido às diferenças entre os ordenamentos jurídicos, à persistência do dogma da soberania nacional e às hesitações políticas e legislativas que impedem a

aprovação de instrumentos normativos que assegurem a convergência normativa necessária à sua implementação;

33. a jurisprudência pode assumir um papel percursor nessa internacionalização através da técnica das referências cruzadas (também conhecida por *cross fertilization*) e da utilização dos princípios jurídicos;
34. esta metodologia de decisão judiciária, seguida por inúmeros tribunais constitucionais e pelo Tribunal InterAmericano de Direitos Humanos, permite aos juízes a resolução de casos concretos através da importação-adaptação de soluções advenientes de outros ordenamentos jurídicos;
35. o modelo *ne bis in idem* europeu é suscetível, por via interpretativa, de ser exportado e acolhido em jurisdições alheias ao ordenamento jurídico da UE, assegurando a coerência da sua aplicação no plano supranacional;
36. os desafios que a pós-modernidade coloca ao *ne bis in idem* não se limitam ao âmbito geográfico da sua atuação mas compreendem também o alargamento do espectro subjetivo;
37. a entrada em cena, no universo normativo, de entidades coletivas enquanto titulares de direitos e deveres convoca a necessidade de aplicação das garantias do processo justo e equitativo, inclusivamente, do *ne bis in idem*;
38. essa necessidade é o fruto das reivindicações identitárias de tais atores que, reclamam a aplicação das garantias de defesa concebidas pelo direito penal para a pessoa humana, num fenómeno que poderemos apelidar de subjetivização empresarial;
39. na UE, as origens do debate acerca da aplicação do princípio-garantia *ne bis in idem*, radicam no direito europeu da concorrência e na jurisprudência que o Tribunal de Justiça vinha firmando desde a década de setenta;

40. o desaparecimento da estrutura dos pilares em que se compartimentava a atuação da UE, a prevista adesão da UE ao sistema da CEDH e o entendimento do TEDH, relativamente à materialidade penal das sanções anticoncorrenciais, para efeitos de aplicação do art. 6.º da CEDH, justifica uma análise comparativa do *ne bis in idem* nos dois domínios da integração europeia;
41. a jurisprudência do TJUE tem reconhecido a aplicação do *ne bis in idem* no direito europeu da concorrência;
42. a densificação jurisprudencial dos elementos constituintes do *ne bis in idem*, sobretudo, no que toca ao elemento *idem*, tem restringido o seu alcance, uma vez que o tribunal aplica um duplo crivo: o do bem jurídico protegido e o critério geográfico-territorial;
43. essa construção permitiu afastar a aplicação daquele princípio-garantia aos casos em que a mesma empresa é sancionada relativamente aos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais, na UE e numa jurisdição externa ao sistema europeu;
44. a restrição do elemento *idem* permitiu a manutenção do regime descentralizado de aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, pelas autoridades nacionais, paralelamente, à aplicação do seu direito interno, tal como instituído pelo Reg. CE n.º 1/2003;
45. de acordo com o TJUE, o elemento *bis* assume um alcance muito limitado, uma vez que, as decisões das ANC apenas produzem efeitos circunscritos ao território do EM em causa;
46. apenas as decisões definitivas da Comissão, no tocante à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, precludem e vinculam as autoridades e os tribunais nacionais quanto à dimensão europeia do direito da concorrência;
47. vinculação essa que coloca questões de compatibilidade da norma do art. 16.º do Reg. CE n.º 1/2003 com a ordem pública constitucional de

muitos EM, nomeadamente, na vertente da separação da poderes e da independência dos tribunais;

48. o desenvolvimento da tutela privada do direito da concorrência irá expor as empresas ao risco de enfrentarem na UE múltiplas ações por danos intentadas em diversos EM quanto aos mesmos acordos, decisões ou práticas anticoncorrenciais;
49. esse risco apenas poderá vir a ser mitigado através de uma correta aplicação das normas dos arts. 29.º e 30.º do Reg. nº 1215/2012;
50. o fundamento axiológico do *ne bis in idem* no princípio da unidade da ação repressiva não se adequa à realidade sistémica do direito europeu da concorrência nem na vertente pública nem na vertente privada da sua aplicação;
51. o *ne bis in idem* europeu, nesta área da integração, deve ser perspectivado ao abrigo do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.
52. a tarefa dos juízes nacionais, quanto à tutela privada do direito da concorrência, será a de ter em linha de conta a dimensão dos danos mas também a equidade no arbitramento das indemnizações aos lesados.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV, (Coral, A, F. direct.): *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Ultimos Avances en Cooperación Judicial Penal*, Lex Nova, Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, 2010.

AA.VV, (coord. Munoz de Morales, M. direct. Arroyo Zapatero, L. Adan Nieto Martin): *La orden de detencion europea y entrega europea*, Ediciones de Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006.

AA.VV, (coord. De La Oliva Santos, A. Armenta Deu,T. Calderon Quadrado, T.M.P): *Garantias Fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2007

AA.VV, (coord. Armenta Deu,T. Cascon Inchausti, F. Cedenro Hernan, M.): *El derecho procesal penal en la Union Europea - tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Editora Colex, 2006.

AA.VV, (Cabrillac, R., Roche, MA.R, Revet.T, direct.): *Libertés et Droits Fondamentaux*, Paris, Éditions Dalloz, 6^{eme} edition revue et augmenté, 2000.

AA.VV, (prólogos de Moreno Catena, V. e Arroyo Zapatero, L): *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, Navarra, Centro de Estudios Juridicos, Editorial Arandzi,SA, 2006.

AA.VV, (Arroyo Zapatero, L. e Nieto Martín, A.): *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

AA.VV, (Martenczuk, B. e Van Thiel, S. edit.): *Justice, Liberty and Security, New Challenges for EU External Relations*, Brussels, Brussels University Press, 2008.

AA.VV (Palma, M.F coord.): *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

AA.VV (Eser, A. Rabenstein, C.): *Neighbours in law, Are Common Law and Civil Law moving together closer?*, Papers in honour of Barbara Huber on her 65 th birthday, Freiburg im Breisgau, edition iuscrim, 2001.

AA.VV, (Eser, A. e Otto, L.): *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Documentation of an International Workshop 1991*, Freiburg im Breisgau, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg.

AA.VV, (Gómez Jara Dias, C. e Bacigalupo, S.): *Constitución Europea y Derecho Penal Económico, Mesas Redondas Derecho y Economía*, Madrid, Editorial Universitaria, Ramón Areces, 2006.

AA.VV, (Bacigalupo, E. dir.): *Curso de Derecho Penal Económico-segunda edición*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005.

AA.VV, (Cassese, A., Delmas-Marty, M. dir.): *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Paris, PUF, 2002.

AA.VV, (Moreira, V. Assunção, L. Caeiro, P. Riquito, A.L): *O tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

AA.VV, (Delmas-Marty, M. Pieth, M, Sieber,U): *Los Caminos de la Armonización Penal*, UCLM, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

AA.VV, (Vermeulen, G.): *Defence Rights - International and European Developments*, Antwerpen, Maklu, 2012.

AA.VV (Stefano, C e Xanthaki, H. ed.): *Towards a European Criminal Record*, Cambridge University Press, 2008.

AA.VV (Grasso, G, Picotti, L, Sicurella, R.): *L'Evoluzione dell diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattado di Lisbona*, Milano, Giuffré Editore, 2011.

AA.VV, (Lopes Porto, M, Da Cruz Vilaça, et. Al): *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Coimbra, Almedina, 2013.

ADRIÁN ARNAÍZ, A.J e QUIJANO GONZÁLEZ, J. *Procedimiento de Aplicación de las Reglas de la Competencia de los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*, in *Derecho Europeo de la Competencia - Antitrust e intervenciones públicas*, (coord. Velasco Sanpedro, L.A) Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.

AGUADO-CORREA, T. *El principio de proporcionalidade en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999.

ALEGRE, S.: *Human Rights and the future of extradition in the European Union: Implications of recent case law in the United Kingdom, France and Spain*, ERA FORUM, 2003, p. 63-69.

ALEGRE, S.: *The European Arrest Warrant and the grounds for non execution* in «L'intégration pénale indirecte- interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne.», (coord. Tricot, J.), Paris, Unité Mixte de Recherche de Droit Comparé de Paris, Société de Législation Comparé, 2005, p.127- 153.

AMBOS, K: *Reconocimiento mutuo versus garantías Procesales? in El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (coord. De Hoyos Sancho, M.), Valladolid, editorial Lex Nova, 2008, p. 25-39.

AMBOS, K.: *Processo Penal Europeu - preservação das garantias individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)*, Tradução de Marcellus Polastri Lima, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

AMBOS, K: *La Corte Penal Internacional*, Tradução de Miguel Ángel Iglesias Rio, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

AMBOS, K: *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional Y Europeo*, Colección Internacional nº33, Bogotá, Grupo Editorial Ibanez e Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

ANASTÁCIO, C. *Comentário de Jurisprudência da União Europeia - Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, Processo C- 360/09*, in C

& R- Revista de Regulação e Concorrência, Ano III; Número 10, abril/junho 2012, pp. 291-314.

ANDERSON, D. CUFF, R.: *Cartels in the EU: Procedural Fairness for Defendants and Claimants*, in International Antitrust Law & Policy, Fordham Competition Law Institute, Huntington, Juris Publishing, 2011, pp. 197-236.

BARJA DE QUIROGA, J. L.: *El principio: non bis in idem*, in Quadernos “Luis Jimenez de Asua”, (coleccion dirigida por Jaen Vallejo, M., Moreno y Bravo, E., Silva Castano, M.L.), Dykinson, 2004

BARTSCH, H.J.: “*Council of Europe Ne Bis In Idem: The European Perspective*”, in Revue Internationale de Droit Pénal, 2002/3, Vol. 73, p. 1163-1171

BARTHEZ, P.D.: *Décentralisation et sécurité juridique - l'application décentralisé des articles 81 et 82 du Traité de Rome et la position des entreprises*, In AA.VV (Moure, A. direc.) *Le nouveau droit communautaire de la concurrence – Les droits de la défense face aux pouvoirs de la commission européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 13-28.

BASSIONI, M.C : *Introduction to International Criminal Law : Second Revised Edition*, International Criminal Law Series I, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013.

BAKER, E. and HARDING, C.: *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the third pillar?*, in European Law Review, 34 (I), 2009, pp. 25-54.

BECCARIA, C.: *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BERRISCH, G., JORDAN, E. e ROLDAN- SALVADOR, R.: *EU competition and private actions for damages*, in 24 Nw.J.Int ‘L & Bus. 585, 2003-2004, consultado no sítio <http://heionline.org>, em 13 de Junho de 2012.

BERNAL- PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales - El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*,

Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición actualizada, 2005.

BIEHLER, A., LELIEUR-FISCHER, J. KNIEBUHLER, J., STEIN, S. (eds) *Freiburg proposal on Concurrent Jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the european Union*, Edition Ius Crimi, Max Planck Institut fur auslandisches und internationales strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003.

BOMBOIS, T. e DÉOM, D. : *La définition de la sanction administrative*, In AA.VV (Andersen, R. Déom, D. e Renders, D. direc.) *Les Sanctions Administratives*, 29, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BOMBOIS, T. *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*. Bruxelles, Larcier, 2012.

BOSLY, H.D, *Réplique. Poursuites pénales et application des sanctions administratives*, In AA. VV (Andersen, R. Déom, D. e Renders, D. direc.) *Les Sanctions Administratives*, 29, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BOTTA, M. *Testing the Descentalisation of Competition Law Enforcement: Comment on Toshiba*, in *European Law Review*, 38, February 2013, Thomson Reuters, UK, pp. 107-117.

BOUTROS-GHALI, B.: *Introduction*, Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995, Nations Unies, New York, 1995, pp. 28 e 133.

BRAVO, J.R: *Direito Penal de entes colectivos, ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra, Coimbra - Editora, 2008.

BRAVO, J.R.: *Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos)*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, nº2, Abril – Junho 2003, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 207-250.

BRONCKERS, M. e VALLERY, A.: *No longer presumed guilty? The impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in

World Competition, 34, n.4, Kluwer Law International, the Netherlands, 2011, 535-570.

BORGERS, M. J. : *Mutual Recognition and the European Court of Justice: the Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 18 (2010), Martinus Nijhof Publishers, Leiden, 99-114.

BROBERG, M: *Acte Clair revisited: adapting the Acte Clair criteria to the demands of the times*, in *Common Market Law Review*, volume 45, number 5, October 2008, Netherlands, Wolters Kluwer Law and Business. pp. 1383-1389.

BUSTAMANTE, R. P, COLSA, J.: *História da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

BURCHARD, C. e BRODOWSKY, D: *The Post Lisbon principle of transnational ne bis in idem : on the relationship between article 50 of the charter of fundamental rights and article 54 convention implementing the Schengen Agreement - case note on District Court Aachen Germany*“, in *NEJCL*, vol.1/2010/03, Intersentia, Belgium, pp. 310-327.

CAEIRO, P. *Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCRIM, Ano 21, 100, Janeiro-Fevereiro de 2013, Thomson Reuters, S. Paulo, Brasil, pp. 453-501.

CAEIRO, P. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado - o caso português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, P. e FIDALGO, S.: *The Portuguese Experience of mutual recognition in criminal matters: five years of European Arrest Warrant in The Future of Mutual Recognition in criminal matters in the European Union/*

L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, Bruxelles, Editions de l' Université de Bruxelles, 2009, pp. 444-463.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CALLEWAERT, J., *The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice*, in ERA FORUM (8), 2007, pp. 511-518.

CAMACHO, C: *O sistema de competências paralelas e o princípio ne bis in idem*, in C & R - Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Número 3, Julho-Setembro 2010, Lisboa, Instituto de Direito Económico, Fiscal e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Autoridade da Concorrência, pp. 92-136.

CARTABIA, M, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in European Constitutional Law Review, volume 5, Issue I, 2009, TMC- Asser Press, pp.5-31.

CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

CASTELLS, M: *A Era da Informação : Economia, Sociedade e Cultura – A Sociedade em Rede*, (trad. Lemos, A, Lorga, C. e Soares, T.), Vol. I, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

- *A Era da Informação : Economia, Sociedade e Cultura – O Poder da Identidade*, (trad. Lemos, A, Lorga, C. e Soares, T.), Vol.II, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

- *A Era da Informação : Economia, Sociedade e Cultura – O Fim do Milénio*, (trad. Lemos, A, Lorga, C. e Soares, T.), Vol.III, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CSERES, J.K, SCHINKEL, M.P., VOGELAAR, F.O.W: *Criminalization of Competition Law Enforcement - Economic and Legal Implications for the EU Member States*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2006.

CONWAY, G.: *Levels of generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, vol.14, nº 6, November 2008, pp.787-805.

CORREIA, E.: *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra, reimp, Almedina, 2008.

COTTERRELL, R.: *The Sociology of Law – An Introduction*, London, Butterworths, 1984.

COUTINHO, F.P: *Os tribunais nacionais na ordem jurídica comunitária: o caso português, tese de doutoramento (inédita)*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Abril de 2009.

CHEVALLIER, J: *L'État de Droit*, Paris, Éditions Montchrestien, 3^{ème} édition, 1999.

CHURCH, C., PHINNERMORE, D.: *The Rise and Fall of the Constitutional Treaty in AAVV «European Union Politics»* (CINI, M. Coord.), Oxford, Oxford University Press, 2007.

CRAS, S. e DE MATTEIS, L.: *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings- Genesis and Description*, in *Eucrim - The European Criminal Law Association's Forum*, Max Planck Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, 4, 2010, pp. 153-161.

CULLEN, P. e BUONO, L.: *Creating an Area of Criminal Justice in the EU: Putting Principles into Practice*, in www.era.int, consultado em 18 de Dezembro de 2010.

CUNHA, P.: *A união económica e monetária e as perspectivas da integração europeia* in (AA.VV) *A União Europeia na Encruzilhada*, Coimbra, Almedina, 1996.

CUNHA, J. D.: *O caso julgado parcial - Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002.

CUNHA, J. D.: *Ne bis in idem e exercício da acção penal* in AA.VV “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de

Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 553-581.

DA COSTA PINTO, F.L: *Acesso de Particulares a processos de contra-ordenação arquivados - um estudo sobre o sentido e os limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contra-ordenação*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol.II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 601-624.

DA CRUZ VILAÇA, J.L: *O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada*, RCEJ, 2º semestre, 2004, nº1. e também Mariano Pego, J.PF. *A declaração de não aplicabilidade dos arts. 81.º e 82.º CE*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p.569.

DANNECKER, G.: *Community Fines and non-Member State Sanctions: the Effect of the Principle “ne bis in idem”*, in Neighbours in Law – Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together?, ESER, A. RABENSTEIN (eds), In Honour of Barbara Huber 65 th birthday, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht Freiburg im Breisgau, p. 155-186.

DANNECKER, G. JANSEN, O.: *General Report - Competition Law Sanctioning in the European Union, The EU Law influence on the national law system of sanctions in the European Area*, The Hague, Kluwer Law International, 1-100.

DAVIN, J.: *A criminalidade Organizada – A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, Coimbra, Almedina, 2007.

DE HERT, P. e VANDAMME, L.: *European Police and Judicial Information-sharing Cooperation: Incorporation into the Community, Bypassing and Extension of Schengen*, ERA FORUM (2004), pp.425-434.

DE LÉON VILLALBA, F. X: *Acumulacion de sanciones penales y administrativas, Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, Bosch, 1998.

DE LA MATA BARRANCO, N.J: *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

DE LACUESTA, J.L.: *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem*, in, *Revue Internationale de Droit Penal*, trimestres 3. ° & 4. °, Vol. 73, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L: *La Racionalidad de las Leyes Penales, práctica y teoria*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

DELMAS-MARTY, M.: *The Relative and the Universal- Ordered Pluralism*, in http://www.college-de-france.fr/site/int_dro.

- *Union Européene et Droit Penal*, Cahiers De Droit Européen, 1997, Números 5-6, XXXIII.
- *Le Flou du droit*, Paris, Éditions PUF, 1986.
- *Libertés et surêté dans un monde dangereux*, Paris, Éditions du Seuil, 2010.

DE MATOS, R.: *O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, Julho - Setembro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 325-367.

DE MESQUITA, M.J.R: *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010.

DEN HOLLANDER, O.: *Caught between National and Supranational values: Limitations to Judicial Cooperation in Criminal Matters as Part of the Área of Freedom, Security and Justice within the European Union*, *International Community Law Review*, 10 (2008), Martinus Nijhoff publishers, Leiden, p. 51-72.

DEN WYNGAERT, C. and STESENS, G : *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, *International and Comparative Law Quarterly*, 48 , 1999, pp 779-804.

DEN WYNGAERT, C. and ONGENA, T. : *Ne Bis In Idem Principle, including the Issue of Amnesty in The Rome Statute of the International Criminal*

Court: A Commentary, Vol.I, (Cassese, A. Gaeta, P. e Jones, J.R ed.), Oxford, 2002.

DI FEDERICO, G. : *EU Competition law and the principle of Ne Bis in idem*, in European Public Law, vol.17, issue 2, June 11, Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, pp. 240-260.

DIAS, F. J: *Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

DIPPEL, H.: *História do Constitucionalismo moderno - Novas Perspectivas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

DOUGAN, M.: *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts*, in Common Market Law Review, vol. 45, number 3, June 2008, Netherlands, Kluwer Law International, pp. 617-703.

DOUGLAS-SCOTT, S.: *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights acquis*, in Common Market Law Review, Vol.43, Number 3, June 2006, Kluwer Law International, pp. 629-665.

DUARTE, M.L.: *A Liberdade de Circulação de Pessoas e o Estatuto de Cidadania Previsto no Tratado de União Europeia* in (AA.VV) *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996.

DUPUY, R.J : *Réflexions sur l'universalité des droits de l 'homme* in Amicorum Liber Héctor Gros Hespíell, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 280.

DWORKIN, R: *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2005.

EILMANSBERGER, T.: *The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative actions*, in Common Market Law Review, 44, The Netherlands, Kluwer Law International, p. 433.

ELSEN, C.: *From Maastricht to The Hague: the politics of judicial and police cooperation*, in www.era.int.

EMBERLAND, M.: *The Human Rights of Companies – Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, Oxford New York, 2006.

FERREIRA-MONTE, M.: *O Direito Penal Europeu, de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua Compreensão e Aplicação*, Quid Iuris?, Lisboa, 2009.

FLETCHER, M.: *Shengen, the European court of justice and flexibility under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom’s “In’s” and “Out’s”*, European Constitutional Law Review, volume 5, Issue I, 2009, TMC- Asser Press, pp.71-98.

FRESE, M. J.: *Fines and Damages under EU competition law: implications of the accumulation of liability*, in World Competition, 34, nº3, 2011, Kluwer Law International BV, The Netherlands, pp. 397-432.

FRISON - ROCHE, M.A.: *Les droits de la défense en matière pénale*, in “Libertés et droits fondamentaux”, 6 ème edition, spéc. nº 618, Paris, Dalloz, 2000, pp.439 - 457.

FINLEY, L. *Does the International Criminal Court protect against double jeopardy: An analysis of Article 20 of the Rome Statute?*, publicado no sítio: <http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/vol.15-2>.

GALLAGHER, P.: *Future developments in judicial cooperation in criminal matters*, in Era Forum vol.9 (2009) nº4, pp. 495-517, publicado no sítio: <http://www.springerlink.com/content/5620881g73466768/references/>.

GAMEIRO, M.I : *O papel dos princípios na ciência e na tecnologia*, in (AA.VV) Teoria da Argumentação e Neoconstitucionalismo - um conjunto de perspectivas, Coimbra, Almedina, 2010, pp.101-120.

GIORGI, F. e TRIART, N. : *National Judges, Community Judges: Invitation to a Journey through the Looking - glass - On the Need for the jurisdictions to Rethink the Inter-Systemic Relations beyond the Hierarchical Principle*, in European Law Journal, vol.14, nº6, November 2008, pp.693-717.

GONZÁLEZ-CANO, M.I : *Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales*, in Revista Xurídica Galega, nº 48, 2005, Asociación Revista Xurídica Galega, pp.41-62.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2005.

HARDING, C.: *European Community Investigations and Sanctions – The Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester, Leicester University Press, 1993.

HASSEMER, W.: *Processo Penal e Direitos Fundamentais* (trad. Augusto Silva Dias) in AA.VV (PALMA, M.F coord.): *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

HENZENLIN, M.: *Ne bis in Idem: un principe à géométrie variable*, in Revue Penal Suisse, tomo 123, 2005.

HESPANHA, A.M. *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de Hoje*, 2ª edição reelaborada, Coimbra, Almedina, 2009.

HOFSTETTER, K. e LUDESCHER, M.: *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law : setting incentives for Best Practice Compliance*, in World Competition - Law and Economics Review, 33, nº1 (2010), Kluwer Law International BV, Netherlands, pp.55-76.

HOSSENFELDER, S. : *Reform of European Competition Law: Changes in the Cooperation Between Competition authorities and the effects on the sanctioning system*, in (Jansen, O. e Langbroek ed.) *Defence rights during Administrative Investigations*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

HOWARD, A. : *The Draft Directive on Competition Law Damages-What does it mean for infringers and victims?* in E.C.L.R, Issue 2, 35, (2014), Thomson Reuters UK Limited and Contributors, pp. 51.55.

IDOT, L. : *Droit Communautaire de la Concurrence - Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bryulant, 2004.

ILLUMINATI, G. : *L'Armonizzazione della prova penale nell 'unione europea* in Prova Penale e Unione Europea, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 9-15.

ISASCA, F.: *Alteração substancial de factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

JANSEN, O. : *The Systems of International Cooperation in Administrative and Criminal Matters in Relation to Regulation EC 1/2003*, in (Jansen, O. e Langbroek ed.) *Defence rights during Administrative Investigations*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

LABAYLE, H., *Les nouveaux instruments juridiques du traité d'Amsterdam : problèmes d'interprétation*, in *Criminal Justice Co-operation in the European Union after Tampere*, (ed. Cullen, P. & Jund, S.), vol.33, Trier, Era Academy of European Law, pp.67-75.

LANG, J.T : *The principle of Loyal cooperation and the role of the national judge in Community, Union and EEA Law*, in ERA FORUM, Vol.7, Number 4, 2006, pp.476-501.

LANDENBURGER, C. : *Fundamental rights and citizenship of the Union*, in *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, (ed. Amato, G. Bribosia, H. e De Witte, B.), Bruxelles, Bryulant, 2007, pp.311-365.

LAVENEX, S., WALLACE, W.: *Justice and Home Affairs: Towards a European Public Order?* in (AA.VV) *Policy Making in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

LESGUILLONS, H. : *Le projet de nouveau règlement concentrations et les garanties procédurales des entreprises notifiantes*, in (AA.VV, Moure, A. direc.) *Le nouveau droit communautaire de la concurrence – Les droits de la défense face aux pouvoirs de la commission européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 13-28.

LELIEUR-FISCHER, J. : *Observations sur le Livre Vert sur les conflits de competence et le principe ne bis in idem dans le cadre des procedures pénales*, in www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction.

LELIEUR-FISCHER, J.: *La règle ne bis in idem-du principe de la chose jugée au principe d'unicité de l'action repressive-étude à la lumière des droits français, allemande et européen*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), le 9 décembre 2005, inédita, consultada na biblioteca do Instituto Max Planck für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg.

LENAERTS, K. (et all) : *Procedural law of the European Union*, (ed.) Robert Bray, London, 2nd edition, Thomsom, Sweet & Maxwell, 2006.

LENAERTS, K. : *Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, Cahiers de Droit Européen, numéros 5-6, 2009, pp. 710-745.

LENAERTS, K. e VAN NUFFEL, P.: *Constitutional Law of the European Union*, (ed.) Robert Bray, London, 2nd edition, Thomsom, Sweet & Maxwell, 2006.

LENAERTS, K.: *The contribution of the European Court of Justice to the area of Freedom, Security and Justice*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 59, Part 2, April 2010, British Institute of International and Comparative Law, pp. 255-301.

LIGETI, K: *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU, Is further legislative action required?*, *Eucrim*, 1-2, 2009, pp.37-42.

LIGETI, K.: *Judicial control in the system of mutual recognition - the ECJ's Judgment in Mantello*, in *KritiV- Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 4/2010, Baden-Baden, pp. 380-389.

LISBERG, J. B.: *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, disponível no sítio www.jeanmonnet.workingpapers4/01.

LOOF, R.: *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, Leiden, pp. 309-334.

LOOF, R.: *Shooting from the hip: Proposed Minimum Rights in Criminal Proceedings throughout the EU*, in *European Law Journal*, Vol.12, nº 3, May 2006, Oxford, MS, USA, pp. 421-430.

LOUIS, F. e ACCARDO, G.: *Ne Bis in Idem, Part “Bis”*, in World Competition, 34, n.º1, 2011, The Netherlands, Kluwer Law International, BV, p.104

MACCORMICK, N.: *Beyond the sovereign state*, The Modern Law Review (1993), 56, pp. 1-19.

MCDUGALL, A. VERZARIU, A.: *Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account for profits in Private Competition Law Claims*, in European Common Law Review, Issue 3, 2008, Sweet & Maxwell, pp. 181- 184.

MADURO, M.P : *A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia - Publicações Universitárias e Científicas, Lda, 2006.

MAHER, I. : *Networking Competition Authorities in the European Union: Diversity and Change*, in Claus – Dieter Ehlerman and Isabela Atanasiu (eds.), European Competition Law Annual, 2002, Constructing the EU Network of Competition Authorities, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, pp.223-236.

MANCINI, F.G: *Democracy and Constitutionalism in the European Union- Collected Essays*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000.

MANSDORFER, M.: *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin, 2004.

MANZANO-PEREZ, M.: *La prohibicion constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valência, 2002.

MARTINHO, H.G: *O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência – uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários*, in C & R, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro–Março 2010, Lisboa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Autoridade da Concorrência, pp.144 – 173.

MARTENS, P.: *Les sanctions Administratives, un droit pénal dégénérée?* in AA.VV (Andersen, R. Déom, D. e Renders, D. direc.) *Les Sanctions Administratives*, 29, Bruxelles, Bruylant, 2007.

MARIANO PEGO, J.PF. *A declaração de não aplicabilidade dos arts. 81º e 82º CE*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 569-581.

MATEUS, A.M. *Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência*, Seminário para Juízes de Direito sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência, Tomar 13 de janeiro de 2006, disponível em www.concorrenca.pt.

MEDINA DE SEIÇA, A. *A aplicação do princípio ne bis in idem na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, (orgs. Da Costa Andrade, M., Antunes, M.J e Aires de Sousa, S.), Vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica, 98, Ad Honorem, Coimbra Editora, pp. 936-1003.

MENDES, P.S: *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in C & R, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro – Março 2010, Lisboa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Autoridade da Concorrência, pp.120-144.

MENEZES-CORDEIRO, A.: *Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção*, in Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência, (coord. De Albuquerque, R., e Menezes Cordeiro, A.), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 121-157.

MENEZES-CORDEIRO, A.: *Os dilemas da Ciência do Direito no final do séc. XX*, in Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do

Direito (Claus–Wilhelm Cannaris), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian - Serviço de Educação e Bolsas, 2008, pp. IX-CXIV.

MERLE, R. e VITU, A: *Traité de Droit Criminel. Procédure pénale*, tome 2, Paris, Cujas, 5^{ème} éd. 2001.

MIR PUIG, S. CORCOY BIDASOLO, M. *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

MITSOLENGAS, V.: *The Constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, Vol. 43, Number 5, October 2006, Kluwer Law International, Netherlands, pp. 1277-1311.

- *European Criminal Law and resistance to Communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, Volume 1, Issue 4, 2010, Intersentia Publishers, Mortsel, p.458-480.

- *The third wave of the third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 34, August, 2009, Thomson Reuters (Legal) Limited and Contributors, pp.523-560.

MOWBRAY, A. : *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007.

MUNOZ CLARES, J. *Ne Bis in Idem y Derecho Penal, Definición, Patología y Contrarios*, Murcia, DM - DiegoMarín Librero Editor, 2006.

NAY, O.: *História das Ideias Políticas*, Petrópolis, Editora Vozes, 2007.

ORTIZ BLANCO, JÖRGENS, K. J: *Antitrust Rules in EC Competition Procedure*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2006.

O'KEEFE, R. *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 735-760.

PACE, L. F.: *Die dezentralisierungspolitik im EG Kartellrecht- Sind Art. 3 II, 6 der VO 1/2003 rechtmäßig?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 10/2004, S.301, pp. 301-305.

PAULIS, E. : *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, in AA.VV (Moure, A. direc.) *Le nouveau droit communautaire de la concurrence – Les droits de la défense face aux pouvoirs de la commission européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 13-28.

PASSOS, R.: *Le système juridictionnel de l’Union*, in *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, (ed. Amato, G., Bribosia, H. e De Witte, B.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 564-597.

PETTITI, L. E.: *Fair Trial Guarantees: the case law of the European Court of Human Rights* in “What kind of criminal policy for Europe?”, ed. Mireille Delmas –Marty, The Hague, Kluwer Law International, pp. 276-280.

L’évolution de la défense et du droit de la défense à partir de la Déclaration Universelle des droits de L’Homme, in *Revue Trimestrielle des droits de L’Homme*, n° 2000/41, Bruxelles, Bruylant, a.s.b.l. Éditions Nemesis, pp. 5-10.

PAULIS, E. e GAUER, C. : *Le règlement n° 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, *Concurrences - RDUC*, n°1, 2005.

PIÇARRA, N. : *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento*, in *O Direito*, 137º, IV- V, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 967-1014.

PIÇARRA, N.: *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como Juiz Legal e o Processo do art. 177º do Tratado CEE – As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos estados membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.

PREVEL, P. : *L’application du Mandat D’Arrêt Européen*, in *Cahiers de Droit Européen*, numéros 5 et 6, 2007, Bruxelles, Bruylant, pp. 695-731.

QUADROS, I. : *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, Almedina, 2006.

RAFFAELLI, E. A. : *National Judges and the application of Regulation 1/2003: Remarks and Proposals*, in *International Antitrust Law & Policy*,

Fordham Competition Law Institute, Huntington, Juris Publishing, 2011, pp. 237-274.

RANDO - CASERMEIRO, P. : *La distincion entre el derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador - Un analisis de política jurídica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

RANALDI, G. *Il procedimento di estradizione Passiva*, Torino, UTET Giuridica, Wolter Kluwer Italia S.r.l, 2012.

RAWLS, J: *Uma teoria da Justiça*, (trad. Carlos Pinto Correia), 1ª edição, Editorial Presença, Lisboa, 1993.

RAWLS, J: *Justice as Fairness*, disponível no sítio <http://www.hist-analytic.org/Rawlsfair.htm>.

RAMOS, V. C.: *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, V. C.: *Ne bis in idem e Mandado de Detenção Europeu : Comentário ao caso Gaetano Mantello (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16.11.2010, processo nº C-261/09)*, in Revista do Ministério Público, nº 127, Julho-Setembro, 2011, p. 287.

REBUT, D.: *Article II-110*, in (AA.VV), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, tome 2, 2005, pp. 629-640.

REDINHA, C.: *As cooperações reforçadas na Constituição Europeia* in AA.VV (Martins, Ana M. coord.), *Constitucionalismo Europeu em Crise? Estudos sobre a Constituição Europeia*, Lisboa, AAFDL, 2006.

REVEREND - PABÓN, J.D. : *La entrega en el contexto de la Corte Penal Internacional. ¿ Hacia un nuevo concepto de extradición ?*, Bogotá, Editorial Universidad Del Rosario, 2008.

ROTH, R. : *Ne bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes?* in (Weyembergh, A. coord.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Éditions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles, Février de 2009.

RODRIGUES, A. M. : *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, A. M. e LOPES DA MOTA, J.L *Para uma Política Criminal Europeia*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, A. M.: *O Mandado de Detenção Europeu - na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ANO 13, Janeiro - Março de 2003, Coimbra, Coimbra Editora, pp.27-63.

KARAKOSTA, C.: *Ne bis in idem: une jurisprudence peu visible pour un droit intangible* in Revue Trimestrielle des Droits de L'homme, 19 éme année, n°73, 1er Janvier 2008, pp.25- 49.

KOCH, C. : *Locus standi of private applicants under the EU Constitution : preserving the gaps in the protection of individual's rights to an effective remedy* in European Law Review, 2005, vol.3, n°4, pp. 511-527.

KRUCK, N.: *Der Grundsatz ne bis in idem im Europäischen Kartellverfahrensrecht*, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009.

STIGEN, J. : *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions - The principle of complementarity*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

UÇARER, E.: *Justice and Home Affairs* in (AA.VV Cini, M. Coord.), European Union Politics, Oxford University Press, Oxford, 2007.

VAN DIJK, Pieter (et. al): *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, J.C, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 4^a edição, 2009, p. 265.

VERVAELE, J.: *The Transnational ne bis in idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, Utrecht Law Review, volume I, Issue 2- December, 2005.

VERVAELE, J.: *Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el Ne Bis In Idem Praetoriano del Tribunal de Justicia*, in

El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales, (coord. De Hoyos Sancho, M.), Valladolid, Lex Nova, 2008.

VERVAELE, J: *El derecho penal europeo*, Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

VILAÇA, J., GORJÃO-HENRIQUES, M.: *Tratado de Nice*, Coimbra, Almedina, 2008.

VILELA, A. *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

VOGEL, J., NOROUZI, A.B: *The European Arrest Warrant, Ne Bis In Idem and the problem of multiple jurisdictions*, in L'intégration pénale indirecte-interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne, (coord. Tricot. J.), Paris, Unité Mixte de Recherche de Droit Comparé de Paris, Societé de Législation Comparé, 2005, pp. 155- 177.

SCHABAS, W. *The International Criminal Court - A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SCHOMBURG, W. *Criminal matters: transnational ne bis in idem in Europe - conflict of jurisdictions - transfer of proceedings* in ERA FORUM (2012), 13:311-324.

SIBER, U.: *O Futuro do Direito Penal Europeu - Uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu*. in *Que futuro para o Direito processual penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 461-523.

SIGLER, J. : *A History of Double Jeopardy*, The American Journal of Legal History, vol.7, 1965, p.283 – 309, <http://heinonline.org>.

SIGLER, J. : *Federal Double Jeopardy Policy*, Vanderbilt Law Review, vol.19, 1965- 1966, pp.375 – 404, disponível no sítio: <http://heinonline.org>.

SILVA CORREIA, E.H, *A Teoria do Concurso em direito criminal - caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra, Livraria Atlântica, MCMXLVIII.

SILVEIRA, A.: *Princípios de Direito da União Europeia - Doutrina e Jurisprudência*, Lisboa, Quid Yuris, Sociedade Editora, 2009.

SILVEIRA, A.: *A responsabilidade do Estado - Juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça*, Scientia Jurídica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, tomo LVII, número 315, Julho - Setembro 2008, Braga, Edição da Universidade do Minho, pp.426 - 452.

SILVEIRO, F.X, : *A Clemência na nova Lei da Concorrência Novas Valências Novos Desafios*, in C & R- Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, Número 10, Abril/Junho de 2012, Almedina, pp. 250- 281.

SOTIS, C.: ? *Cómo construyen los jueces europeos un derecho fundamental o - Poniéndonos el “Sollen”- Cómo deberían construirlo?* in Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo, Civitas, UCLM, 2010.

SOUSA FERRO, M.: *Committing to Commitment Decisions-Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in European Competition Law Review, Vol. 26, Issue 8, August, Sweet and Maxwell Contributors, 2005, pp. 451-459.

SPENCER, J.R: *EU fair trials - Progress at last*, New Journal of European Criminal Law, Volume 1, 2010, 04, Intersentia Publishers, Mortsel, p.p. 447-457.

SPINNELLIS, D.: *Global Report – The Ne bis in idem principle in global instruments* in International Review of Penal Law, vol.73.

SPIELMANN, D. : *Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et Luxembourg: Dans le domaine des droits de l’Homme: conflits, incohérences et complémentarité*. in L’Union européenne des droits de l’Homme, (direc. Alston, P.), Bruxelles, Bryulant, 2001, p.699- 812.

SUDRE, F.: *Droit Européen et international des droits de l’homme*, 9^a ed. revue et augmenté, Paris, Puf, 2008.

TIEDMANN, K., BACIGALUPO, E, e GRASSO, G. : *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Union, Vol. II- Summary Reports*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995.

TINIÈRE, R. : *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

TORRÃO, F. : *Societas Delinquere Potest ? Da responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, Coimbra, Almedina, 2010.

TRIFFTERER, O : *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article*, Second Edition, Munchen, Verlag CH. Beck, Hart, Nomos, 2008.

TULKENS, F. e CALLEWAERT, J: *Le point de vue de la Cour Européenne des Droits de l'homme*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, son apport à la protection des droits de l'homme en europe* (direct. Carlier, J.I, e De Schutter, O.) Bruxelles, Bruylant, 2002, p.219-240.

TRUJILLO-PENAGOS, S. e POSSO- SÁNCHEZ, J.C. *El Non Bis In Idem Y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Grupo Editorial Ibanez, 2007.

WAELEBROECK, M. e FRIGNANI, A. : *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, version espanhola por SAENZ –CORTABARRÍA F., I. e MORALES ISASI, M, Barcelona, 1998.

WEILER, J. H : *Eurocracy and Distrust : Some questions concerning the role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities*, (1986), 612, *Washington Law Reviews*, 1112.

WEYEMBERGH, A. : *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires entre les États membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in *La Reconnaissance Mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de L'Université de Bruxelles, 2001.

WEYEMBERGH, A. : *Le principe ne bis in idem : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ?* in Cahiers de Droit Européen, numéros 3 et 4, XL, 2004, Bruxelles, Bruylant, pp.337-375.

WEYEMBERGH, A. : *L'Harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, IEE, Éditions de L'Université de Bruxelles, 2004.

WEYEMBERGH, A. e RICCI, V.: *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne* in Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen., (ed. Braum, S. et Weyembergh, A.) Bruxelles, Éditions de L'Université de Bruxelles, 2009, pp.227-272.

WEISS, K.: *ECBA Autumn Conference 2009 - The Future of Citizen's Rights in Criminal Proceedings in the European Union*, in NJECL, vol.1, 1, 2010, pp. 119-124.

WISE, M. O. : *The System of Sanctions and Enforcement Co –Operation in US anti-trust Law*, in (Jansen, O. e Langbroek, ed.) Defence rights during Administrative Investigations, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

WHITE, S.: *The EU's accession to the Convention on Human Rights: a new era of closer cooperation between the council of Europe and the EU?*, in New Journal of European Criminal Law, Vol.1, Issue 4, 2010, pp. 433 - 445.

WILS, W.P.J: *The principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis*, in World Competition, vol.26, N° 2, 2003, pp.131-148, também disponível em versão electrónica no sítio <http://ssrn.com/abstract=1319252>.

WILS, W.P.J: *Is Criminalization of EU competition law the answer?* in Criminalization of Competition Law Enforcement Economic and Legal Implications for the EU Member States, (Cseres, K, Schinkel, M, et all. ed.), Massachusetts, 2006, pp. 61-90.

KLIP, A.: *European Criminal Law*, Antwerp, Intersentia, 2009.

VAN BOCKEL, B. : *The ne bis in idem principle in EU Law*, Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2010.

VANDER BECKEN, T. Vermeulen, G. (et all): *Finding the best place for prosecution- european study on jurisdiction criteria*, Thomaes, Stefan IRCP-Institute for International Research on Criminal Policy-Ghent University, Maklu/Antwerpen/Apeldoorn, 2002.

VERMEULEN G., VANDER BECKEN. T, DE BUSSEER, A.: *EU Criminal Records Database, Legal, politico-institutional & practical feasibility*, ICRP, Maklu/Antwerpen/Apeldoorn, 2002.

VAN DROOGHENBROECK, S.: *Réplique. Entre b n volance et incertitudes: y a – t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?* in (AA.VV, Andersen, R. D  om, D. e Renders, D. direc.) *Les Sanctions Administratives*, 29, Bruxelles, Bruylant, 2007.

VERVAELE, J. : *Il Porgetto di Decisione Quadro sul mandato di Ricerca della Prova*, in *Prova Penale e Unione Europea*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp.153-160.

VIADA,N.G: *Derecho Penal y Globalización-Cooperación penal internacional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, SA, 2009.

ZIMMERMANN, R. *La cooperation judiciaire internationale en matière pénale*, Berne, 2   me edition, Bruylant SA Bruxelles, 2004.

ZINSMEISTER, U.: *Sanctions in view of the reform of European Competition Law from a practitioner’s Experience*, in (Jansen, O. e Langbroek, ed.) *Defence rights during Administrative Investigations*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

RECURSOS ELETRÓNICOS :

- <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>
- www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-ptoeccção-dhu/orgaos-onu-dir-homem.html
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0467:PT:HTML>
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0467:PT:HTML>
- <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.html>
- <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303PT.01001701.html>
- http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/criminal/recognition/docs/mutual_recognition_en.pdf
- http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=8&level1=10784&level2=10852&level3=11051&textid=29524
- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=47686&peIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&cid=219482>.
- http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction.

JURISPRUDÊNCIA TJUE :

- Acórdão Gozutok & Brügge (C-187/01 e 385/01)
- Acórdão Miraglia (C-469/03)
- Acórdão Gasparini (C-467/04)
- Acórdão Van Esbroek (C-436/04)
- Acórdão Van Straaten (C- 150/05)
- Acórdão Kretzinger (C-288/05)
- Acórdão Kraaijenbrink (C-367/05)
- Acórdão Äklagaren c. Fransson (C-617/10)
- Acórdão Turanzsky (C-491/07)
- Acórdão Bourquain (C-297/07)
- Acórdão Mantello (C-261/09)
- Acórdão Showa Denko (C- 288/04)
- Acórdão Boehringer Mannheim (C- 7/72)
- Acórdão Telekomunikacja Polska SA (C-375/09)
- Acórdão Maasterfoods (C- 344/98)
- Acórdão Wilhelm vs. BundesKartellamt (C-14/68)
- Acórdão Toshiba Corporation (C-17/10)
- Acórdão Pfeleiderer (C-360/09)

JURISPRUDÊNCIA TEDH :

- Menarini Diagnostics *S.R.L* c. Itália

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	13
I parte - O <i>ne bis in idem</i> enquanto princípio geral de direito e garantia de defesa.....	23
Capítulo I.....	23
1. O sentido e o alcance do <i>ne bis in idem</i> numa breve perspectiva histórica..	23
2. Os desafios da Pós - Modernidade ao <i>ne bis in idem</i> contemporâneo	27
3. <i>Ne bis in idem</i> : concetualização, natureza jurídica e fundamentação axiológica.....	32
4. O alargamento da esfera de proteção <i>ne bis in idem</i> : da pessoa singular aos entes coletivos.....	37
4.1 A fundamentação axiológica dos direitos de defesa das pessoas coletivas.....	43
Capítulo II.....	49
1. O panorama normativo internacional em matéria de <i>ne bis in idem</i>	49
1.1 A dimensão internacional do <i>ne bis in idem</i> : apreciação geral.....	49
2. Internormatividade e “geometria variável” do <i>ne bis in idem</i> internacional.....	54
3. As condições de aplicação do <i>ne bis in idem</i> na esfera internacional: a proposta do XVII Congresso Internacional de Direito Penal	61
3.1 Pressupostos substantivos e processuais do <i>ne bis in idem</i> em contextos de internormatividade horizontal	61
4. Internormatividade vertical: o <i>ne bis in idem</i> no Estatuto do Tribunal Penal Internacional	65
5. <i>Ne bis in idem</i> , complementaridade e jurisdição universal	68
6. O alcance e os limites do <i>ne bis in idem</i> à luz do art. 20.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.....	73
6.1. O <i>standard</i> do processo justo e as exceções ao <i>ne bis in idem</i> ascendente.....	80

6.2 <i>Sham Trials</i> e garantias de processo justo como exceções ao <i>ne bis in idem</i>	81
6.3 O <i>ne bis in idem</i> enquanto fundamento de recusa de entrega ao TPI	86
6.4 <i>Ne bis in idem</i> e concorrência entre pedidos de entrega e extradição formulados por terceiros estados e o TPI	90
6.4.1 Concorrência entre pedidos de entrega do TPI e de estado contratante	92
6.4.2 Concorrência entre pedidos de entrega do TPI e de estado(s) não contratante(s)	94
6.5 Apreciação crítica	95
CAPÍTULO III	98
1. A implementação internacional do <i>ne bis in idem</i> através da fertilização cruzada.....	98
1.1 O papel (pioneiro) da jurisprudência:	98
1.2 A jurisprudência do Tribunal de Milão e da Corte Suprema di Cassazione Italiana: <i>ne bis in idem</i> e extradição	104
1.2.1 Enquadramento fático:.....	104
Síntese - I Parte	108
II Parte – Gênese e caraterísticas do modelo deontico europeu de garantias de defesa.....	111
Capítulo I.....	111
1. As etapas da construção dos direitos fundamentais e das garantias de defesa na UE.....	111
2. Gênese e caraterísticas do sistema europeu de direitos fundamentais e garantias de defesa	113
3. As origens do debate europeu em torno das garantias processuais em processos criminais e a definição de <i>standards</i> mínimos de defesa.....	118
3.1 Garantias de defesa em sistemas jurídicos multinível.....	118
3.2 O estatuto das garantias processuais na UE na era pós - Tratado de Lisboa: obstáculos e potencialidades	135
3.3 O papel das garantias de defesa nos instrumentos do reconhecimento mútuo	138

4. <i>Ne bis in idem</i> e os instrumentos da sua exequibilidade: o direito de acesso à informação, o Sistema Europeu de Registo Criminal e a Eurojust.....	146
Síntese - II Parte.....	152
III – Parte – O modelo deôntico europeu de garantias de defesa	155
Capítulo I: Fundamentos e contexto sistémico do modelo europeu em matéria de <i>Ne bis in idem</i>	155
1. O <i>Ne bis in idem</i> no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça	155
2. A adesão da UE à CEDH.....	158
2.1 A CEDH como fonte do modelo deôntico europeu de direitos fundamentais e garantias processuais.....	158
2.2 A previsão <i>ne bis in idem</i> no art. 4.º do Protocolo 7 da CEDH e a jurisprudência do TEDH	172
3. A consagração do <i>ne bis in idem</i> no art. 54.º da CAAS: as restrições e as exceções ao seu âmbito de aplicação.....	178
3.1 Apreciação crítica da tese de Lelieur-Fischer	184
4. O elemento <i>bis</i> ou o conceito de «definitivamente julgado»	190
4.1. O elemento <i>bis</i> e o cúmulo de sanções.....	211
4.1.1 Enquadramento fático	211
4.2 O elemento <i>idem</i> ou o conceito de «mesmos fatos».....	218
4.2.1 Enquadramento fático do Acórdão <i>Van Esbroeck</i> :	219
4.2.2 Enquadramento fático do Acórdão <i>Kretzinger</i> :.....	221
4.2.3 Enquadramento fático do Acórdão <i>Kraaijenbrink</i> :	223
Capítulo II – A aplicação jurisprudencial do modelo <i>ne bis in idem</i> europeu.....	227
1. Um modelo de análise para um <i>ne bis in idem</i> coerente no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça	227
1.1 Enquadramento fático do Acórdão <i>Bourquain</i> :	228
2. A decisão <i>ne bis in idem</i> do Tribunal de Aachen e a exceção de execução de sentença do art. 54.º, 2ª parte da CAAS.....	232
2.1 Enquadramento fático do Acórdão <i>Aachen</i> :	232
2.2 A jurisprudência do Tribunal de Milão em matéria de <i>ne bis in idem</i> e a exceção de territorialidade do art. 55.º da CAAS;	235

2.2.1 Enquadramento fático do Acórdão de <i>Milão</i> :	235
2.2.2 A solução do tribunal	236
3. O art. 50.º da CDFUE como matriz do <i>ne bis in idem</i> europeu	237
4. <i>Ne bis in idem</i> e Reconhecimento Mútuo	249
4.1 <i>Ne bis in idem</i> e Mandado de Detenção Europeu	256
4.2. O controlo <i>ne bis in idem</i> pelas autoridades do estado requerido	260
4.2.1 O controlo pelo juiz do estado de execução	260
4.2.2 O controlo <i>ne bis in idem</i> pelo Ministério Público do estado requerido: o caso português	267
4.3 A jurisprudência <i>Mantello</i> do TJUE	269
4.3.1 Enquadramento fático:	269
4.3.2 As conclusões do AG	273
4.3.3 A decisão do TJUE e apreciação crítica	280
Síntese III- Parte	292
IV- Parte - <i>Ne bis in idem</i> no direito europeu da concorrência:	295
Capítulo I: Garantias processuais e convergência entre direito penal e direito administrativo sancionatório na UE	295
1.O papel da jurisprudência europeia	295
1.2 A jurisprudência do TEDH e o <i>ius puniendi</i> material	303
2. A aplicação do <i>ne bis in idem</i> em direito da concorrência	310
2.1. Contexto sistémico e fontes das garantias de defesa em direito europeu da concorrência	314
2.2 O sistema europeu de “repartição de competências” em direito da concorrência e os cenários <i>ne bis in idem</i>	315
3. A dimensão internacional do <i>ne bis in idem</i> em direito europeu da concorrência	324
3.1 <i>Ne bis in idem</i> e proporcionalidade das sanções anticoncorrenciais	324
3.2 O Acórdão <i>Boehringer Mannheim vs. Comissão</i>	325
3.2.1 Enquadramento fático e a posição do TJUE	325
3.3 O Acórdão <i>Showa Denko</i>	327
3.3.1 Enquadramento fático:	327
3.3.2 Os argumentos da recorrente <i>SDK</i> e da Comissão Europeia.	330

4. As competências da Comissão e das ANC – as dimensões vertical e horizontal do <i>ne bis in idem</i>	340
4.1 Os limites da intervenção das ANC na aplicação do direito europeu da concorrência	345
4.1.1 Enquadramento fático do Acórdão <i>Telekomunikacja Polska SA</i>	345
4.2 As conclusões do AG.....	348
5. Os poderes decisórios da Comissão e a jurisprudência <i>Maasterfoods</i> : o elemento <i>bis</i>	352
5.1. O efeito <i>bis</i> das decisões da Comissão Europeia - a dimensão vertical	352
5.2 O Acórdão <i>Masterfoods</i>	353
5.2.1 Enquadramento fático e as questões prejudiciais suscitadas pelo Supremo Tribunal Irlandês:.....	353
5.2.2 A decisão do TJUE e apreciação crítica	355
6. As decisões da Comissão em direito europeu da concorrência: características gerais.....	357
6.1 O impacto das decisões da Comissão sobre as ANC.....	358
6.2 As decisões de inaplicabilidade e os regulamentos de isenção por categoria.....	359
6.3 As decisões de clemência da Comissão e das ANC	362
6.4. As decisões de compromisso da Comissão.....	364
Capítulo II - O modelo do Reg. CE n.º 1/2003 e as consequências <i>ne bis in idem</i>	368
1. As dimensões vertical e horizontal no âmbito da REC.....	368
2. O acórdão <i>Toshiba</i>	376
2.1 Enquadramento fático e questões prejudiciais	376
3. Em torno de um (novo) fundamento para o <i>ne bis in idem</i> em direito europeu da concorrência	378
4. Dos contornos de aplicação do <i>ne bis in idem</i> nos procedimentos sancionatórios em direito da concorrência	386
5. Os elementos <i>bis e idem</i> à luz da jurisprudência europeia no direito da concorrência: quadro geral	394

6. O elemento <i>bis</i> no quadro do relacionamento entre os tribunais nacionais e a Comissão Europeia	398
6.1 As competências dos tribunais nacionais e da Comissão Europeia na dimensão de <i>public enforcement</i>	398
7. O elemento <i>idem</i> em direito europeu da concorrência	405
Síntese- IV Parte	411
V Parte - A tutela privada do direito da concorrência e o impacto <i>ne bis in idem</i> das ações por danos.....	415
1. Contexto sistémico do <i>private enforcement</i> : a proposta de Diretiva do PE e do Conselho sobre ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência.....	415
2. Os tribunais nacionais e as ações de indemnização por danos: entre a tutela judicial efetiva e a proporcionalidade	426
2.1 Mecanismos processuais de prevenção de conflitos de jurisdição: litispendência e conexão de processos.....	429
2.2 Indemnizações por danos e o risco de duplos sancionamentos: o caso <i>Devenish vs Sanofi Aventis</i>	434
Síntese – V Parte	439
Conclusões Finais - Síntese	441
BIBLIOGRAFIA.....	448

O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária